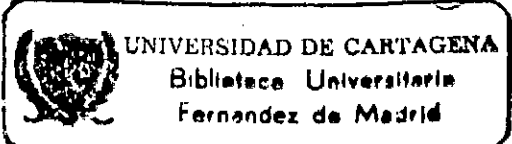


T
347.6
R763

6
3



81B

1

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS

SCIB
00019038

PROCEDIMIENTOS CONCURSALES
CONCORDATOS Y QUIERAS
DE LOS COMERCIANTES



TESIS PRESENTADA POR:

LUZ MARIA RORERO CONTRERAS

//

CARTAGENA * COLOMBIA

46963

1.983.

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS

De

EDUARDO PIÑERES

***** PRESIDENTE DE TESIS

De

MIGUEL RAAD

***** PRIMER EXAMINADOR

De

GUILLERMO SANCHEZ P.

***** SEGUNDO EXAMINADOR

CARTAGENA - COLOMBIA

1983

INTRODUCCION

Producto de una investigación tortuosa es la elaboración de este interesante tema, que me representó todo un cúmulo de dificultades: primero, por la ausencia de material consultivo en nuestro medio. Las librerías Cartagenas, la Biblioteca de la Universidad y otras, las cuales se presumen de haber albergar el material de estudio, necesarios para estructurar las investigaciones, estudios y trabajos de cualquier naturaleza. Son nulas al respecto; Segundo, por ser un tema casi desconocido para el estudiante, pero de mucha actualidad e interesante debido a la situación económica y social de nuestro país.

No es un estudio perfecto, pero sin embargo, considero que colmó todas mis inquietudes sobre este apasionante tema y espero que satisfagan e interesen a los demás.

Ahora es necesario que diga los rasgos más sobresalientes para poder adentrarnos en este interesante estudio.

El Concordato y la Quiebra son dos instituciones que cada día cobran mayor importancia, por cuanto la iliquidez en el comercio y en la industria que constituye una de las causas del auge del crédito a altas tasas de interés, y cuando se ven determinados a usarlos frecuentemente se convierte en motivo de ruina. Fuera del hecho que la economía y el derecho marchan hasta cierto punto paralelos, vemos como la diversificación de las sociedades, su aumento constante, las nuevas

modalidades del ejercicio en la industria y el comercio, determinan nuevas figuras, y especialmente para la defensa de los acreedores, de la seguridad que deben brindar esas actividades, en las que puede decirse que se deposita la buena fé en quienes la ejercen, y para agilizar, cambiar posibilidades en esos campos.

No siempre en la situación de Cesación de Pagos o insolvencia puede haberse de mala fé de los comerciantes deudores, y es indispensable que las leyes deben encontrar el mejor procedimiento, según la calificación que merezca el comerciante que se venga a menos, más aún cuando esos fenómenos sobrepasen los intereses particulares por la repercusión que tienen en toda la sociedad; el malestar colectivo, la desconfianza que generan, causan traumas masivo de marcables repercusión en el amplio ambiente social.

Desafortunadamente hoy abundan situaciones de quiebra de personas inescrupulosas con claros motivos para pensar en fraudes a los acreedores.

Urgiendo grandes modificaciones legales para prevenir esas situaciones, o para evitarlas, y, además para que las sanciones a verdaderas situaciones de estafa se consideren en forma general, por la cantidad de gentes, especialmente de menor recursos o estos medios económicos que resultan perjudicados con los actos inescrupulosos de muchos comerciantes.

Pero no todos son malos comerciantes y para los que actúan honestamente, se encuentran las medidas del Concordato a su favor.

(1)

INTRODUCCION

Producto de una investigación tortuosa es la elaboración de este interesante tema, que se representó todo un cúmulo de dificultades; primero, por la ausencia de material consultivo en nuestro medio. Las librerías Cartageneras, la Biblioteca de la Universidad y otras, las cuales se presumen debían albergar el material de estudio, necesarios para estructurar las investigaciones, estudios y trabajos de cualquier naturaleza. Son nulas al respecto; Segundo, por ser un tema casi desconocido para el estudiante, pero de mucha actualidad e interesante debido a la situación económica y social de nuestro país.

No es un estudio perfecto, pero sin embargo, considero que colmó todas mis inquietudes sobre este apasionante tema y espero que satisfagan e interesen a los demás.

Ahora es necesario que diga los rasgos más sobresalientes para poder adentrarnos en este interesante estudio.

El Concordato y la Quiebra son dos instituciones que cada día cobran mayor importancia, por cuanto la iliquidez en el comercio y en la industria que constituye una de las causas del auge del crédito a altas tasas de interés, y cuando se ven determinadas a usarlos frecuentemente se convierten en motivo de ruina. Fuera del hecho que la economía y el derecho marchan hasta cierto punto paralelos, vemos como la diversificación de las sociedades, su aumento constante, las nuevas

modalidades del ejercicio en la industria y el comercio, determinan nuevas figuras, y especialmente para la defensa de los acreedores, de la seguridad que deben brindar esas actividades, en las que puede decirse que se deposita la buena fé en quienes la ejercen, y para agilizar, cambiar posibilidades en esos campos.

No siempre en la situación de Cesación de Pagos o insolvencia puede hablarse de mala fé de los comerciantes deudores, y es indispensable que las leyes deben encontrar el mejor procedimiento, según la calificación que merezca el comerciante que se venga a menos, más aún cuando esos fenómenos sobrepasen los intereses particulares por la repercusión que tienen en toda la sociedad; el malestar colectivo, la desconfianza que generan, causan traumas masivo de mercales repercusión en el amplio ambiente social.

Desafortunadamente hoy abundan situaciones de quiebra de personas inascrupulosas con claros motivos para pensar en fraudes a los acreedores.

Urgiendo grandes modificaciones legales para prevenir esas situaciones, o para evitarlas, y, además para que las sanciones a verdaderas situaciones de estafa se consideraran en forma general, por la cantidad de gentes, especialmente de menor recursos o altos medios económicos que resultan perjudicados con los actos inascrupulosos de muchos comerciantes.

Pero no todos son malos comerciantes y para los que actuan honestamente, se encuentran las medidas del Concordato a su favor.

(3)

Se le da una oportunidad de rehacer sus negocios, que beneficia tanto al deudor honesto como a sus acreedores, evitando una liquidación de sus empresas fuente de trabajo para un vasto sector de la población Colombiana, especialmente, la desprotegida de los medios económicos.

C A P I T U L O I

GENERALIDADES DE LOS PROCESOS CONCURSALES

DEFINICION

Los procedimientos concursales se han instituidos para garantizar el derecho de persecución que tienen los acreedores sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros, muebles o inmuebles del deudor salvo los inembargables. Este derecho se basa en el principio universal que el "patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores". Por consiguiente, es un derecho que tienen todos los acreedores sin distinción de ninguna clase; se hace efectivo cuando el deudor, por cualquier causa, no ha cumplido con el pago de sus obligaciones a los acreedores y estos se ven compelidos con su derecho a iniciar las acciones de ejecución universal o concurrentes sobre la totalidad del patrimonio del deudor.

Definir los procedimientos concursales en general, es eludir a sus características, desentrañar su esencia, contenido y naturaleza.

No existe un concepto universal para definir los procesos concursales.

La mayoría de los tratadistas lo circunscriben a los procesos aplicables sólo a los comerciantes o lo identifican con el de la quiebra.

Autores como BONFANTE y GARRONE definen los procesos concursales como la organización legal y procesal de defensa colectiva de los acreedores; frente a la inconvención del comerciante.

ante.

ALVARO PUELMA ACCORSI identifica la quiebra con el concurso. "puede entenderse por quiebra, el estado exepcional en el - órden jurídico, de una persona, producido por la falta o im posibilidad de cumplimiento de todas sus obligaciones, de - clarado judicialmente.

SALVATORE SATTa define los procedimientos concursales así: "La concursalidad de un procedimiento implica que las conse cuencias de la crisis económica de la empresa, esto es la - insatisfacción de los acreedores, sea separada mediante una regulación de todas las relaciones, y no solamente esto, si no una regulación igual para todas las relaciones, salvo na turalmente las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presentan ya al concurso como desiguales".

Y así como los anteriores, existen muchos otros autores cu yo criterios no coinciden, los cuales no permite elaborar un concepto uniforme de lo que se entiende por proceso con cursal.

De acuerdo con nuestro Derecho Colombiano, se puede definir los procesos concursales así:

Son instituciones de órden legal, que mediante las actuacio nes judiciales o administrativa, definen la situación críti ca, económica de los comerciantes y no comerciantes que se ven imposibilitados patrimonialmente para cumplir con sus - obligaciones, y a fin de satisfacer en forma colectiva, los intereses de todos los acreedores con la totalidad de su pa

(8)

triconio.

NATURALEZA DE LOS PROCESOS CONCURSALES

No cabe la menor duda, que los procedimientos concursales son instituciones procesales, pero el problema reside en definir el tipo de proceso en donde debe ubicarse todas y cada uno de estos procedimientos.

La verdad, no se ha hecho un estudio profundo de la naturaleza de los procedimientos concursales, ya en forma general, algunos se han encomendado a analizar independientemente cada proceso. El de quiebra ha sido objeto de una gran investigación, debido a su antigüedad.

Para poder precisar la naturaleza procesal de los procedimientos concursales, es necesario analizar separadamente cada proceso y especialmente el de Concordato y Quiebra que son los más importantes.

En lo atinente al proceso de quiebra, es extraño su naturaleza misma, sobre las cuales existen, muchas opiniones y discusiones en casi todos los países, aunque es cierto que se trata de un proceso universal, pues dentro de él se liquida el patrimonio del quebrado, o sea que contiene un procedimiento de liquidación colectiva, por un liquidador o mandatario establecido por la ley cual es el Síndico, con el fin de pagar los créditos de un deudor. Esto determina en primer lugar el foro de atracción de los procesos ejecutivos que cursan contra aquel y la imposibilidad futura de promover otros, para lo cual se emplea a todos los acreedores o que

(7)

se presentan al concurso.

Esto fore obedece a la necesidad de que la liquidación sea homogénea, lo que constituye una garantía del *Par Condicio Creditorum*. Luego el foro no se estatuye por la conexidad de los procesos (acumulación subjetiva), ni por las diversas relaciones jurídicas entre varias personas, (acumulación objetiva), que son los factores que la determinan en los demás procesos, sino por la incidencia de las pretensiones de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor, cualquiera que fueren las relaciones o procesos crediticios vigente entre el mismo y los acreedores. Es decir, se trata de una aplicación de competencia y no de una acumulación de procesos, pues no hay fusión de éstos, que cada pretensión y cada acción conservan su individualidad y solo coinciden con las demás en su actuación sobre el patrimonio del deudor.

siguiendo con el punto interesante sobre la naturaleza extrajudicial del proceso de quiebra, se han elaborado diferentes teorías las que se resumen así:

- A. Teoría de la quiebra como proceso de recepción colectiva.
- B. Naturaleza jurisdiccional o administrativa.
- C. Teoría del Derecho Material de los acreedores o la acción ejecutiva concursal.
- D. Teoría que niega el carácter de verdadero y lo considera como una actividad administrativa del Estado.
- E. Teoría que le asigna naturaleza cautelar.
- F. Teoría de la quiebra como aplicación de sanciones.

Las diferentes teorías expresadas, presentan una orientación

(8)

en cuanto a la naturaleza jurídica del proceso de quiebra para aplicarlo en algunos de sus fases procesales, con lo cual, acierta en desentrañar la naturaleza del mismo. Cada teoría expuesta hace parte de la verdad, pero no comprende la totalidad de la naturaleza íntima de este tipo de proceso.

Para terminar, los estudiosos de esta materia afirman: que el proceso de quiebra corresponde a una especie dentro del género de procesos ejecutivos, es decir, es un proceso contencioso de ejecución sui generis, con peculiaridades específicas sin tener que ver con otro tipo de proceso. En él se toman medidas cautelares, se produce la liquidación de la sociedad, e igualmente, se da apertura a las acciones penales para sancionar al comerciante fallido en lo que respecta a los delitos en que incurrió y que fueron conexos, con la quiebra, lo que implica una acumulación. Del anterior planteamiento se puede colegir: que no es un proceso ejecutivo común, pues en él puede tramitarse y decidirse las impugnaciones de determinados actos del quebrado efectuados en el llamado período sospechoso, antecedentes a la cesación de pagos con el fin de reconstruir la masa. Vale decir, que por este aspecto se trata también de una acumulación de procesos, lo segundo son procedimientos incidental que normalmente debería seguirse por separado. No afecta la naturaleza del proceso el aspecto de la liquidación del patrimonio del concursado, con sus efectos propios, y los de toda liquidación entre ellos la administración de ese patrimonio por el Síndico y la junta de acreedores, pues esta presenta modalidades equivalente al secuestro, aun cuando es criticado que no se haya regulado la

(8)

confluencia de las atribuciones entre Síndico y Secuestro. Por lo mismo, dicho aspecto no lo transforma en un procedimiento administrativo ya que guardadas proporciones, se presente aquel en el proceso ejecutivo con pluralidad de acreedores. Por otra parte el proceso de liquidación es de jurisdicción voluntaria salvo cuando se impugna la participación, mientras el de quiebra es contencioso, se realiza en él pretensiones opuestas y se resuelven diversos litigios en la sentencia.

Tempoco afecta a su naturaleza la declaración de quiebra sobre la incapacidad jurídica del quebrado para actos de orden patrimonial y la cancelación del registro mercantil; ni la exigibilidad de sus deudas a plazo, ni la disolución de la sociedad quebrada, la suspensión de sus administradores y la inhabilitación para ejercer el comercio; ni la formación de ese patrimonio autónomo pero sin personería jurídica, denominada masa de bienes de la quiebra, que emplea también el desapoderamiento, que no es una expropiación de los bienes del quebrado sino la suspensión de sus facultades administrativa y dispositiva sobre aquellos, en garantía de los acreedores; ni el señalamiento de la cuota alimentaria para el quebrado y las personas a quienes por ley debe proporcionar; ni la imposibilidad del ejercicio de la guarda, ni constituir causal de separación de bienes. Si bien procesalmente son consecuencias del auto que declara la quiebra, que como su nombre lo indica tiene carácter declarativo, ello no alcanza a desvirtuar ese aspecto prevalescientemente ejecutivo del proceso concursal.

Por fin, las distintas medidas cautelares que pueden adoptarse, algunas de ellas propias de este proceso tampoco -

(10)

logran demeritar su carácter de ejecutivo concursal, pues la cautela es propia del proceso ejecutivo singular así como del declarativo en ciertos casos, como el ordinario con inscripción de demanda, los de familia, etc, y aún del proceso voluntario de sucesión. Es obvio que el alcance cautelar es más amplio por su carácter universal pero ello no significa que sea de naturaleza cautelar, ya que el objetivo del proceso no es crear igualdad entre los acreedores sino procurar el pago de sus créditos en igualdad de posición - excepto los que gocen de privilegios, observamos que la estructura del proceso es diferente a la del ejecutivo singular con pluralidad de acreedores, ya que el emplazamiento se hace a todos los que se consideren con derecho a intervenir , para que se hagan parte en su oportunidad de donde se deduce, que aún los acreedores desprovistos de títulos ejecutivos pueden hacerlo, más para que su crédito puedan figurar en la graduación que efectúa la sentencia, deben haber adquirido carácter de indiscutibles en el período de pruebas, como todos los que obren en título de naturaleza indicada y no haber sido objeto de excepciones demostradas en el mismo término.

En relación con el Concordato, la naturaleza jurídica del mismo no ha sido suficiente clarificada y mucho se ha discutido entre los autores acerca de la naturaleza de esta institución que en términos procesales, se presentan como sustitutiva del proceso de ejecución común, y de proceso concursal de la quiebra.

Indudablemente ha influido en la variedad de opiniones y teorías las circunstancias de que su reglamento ha de consular

(11)

tar al mismo tiempo con intereses económicos de carácter privados e intereses o derechos sociales como la de los trabajadores de las empresas , y también de origen público económico, como es el deber del Estado dirigir, controlar, tutelar y estimular una economía empresarial sana, jurídica y socialmente equilibrada.

En torno a la naturaleza jurídica del Concordato se ha expuesto un buen número de teorías y opiniones de autores. La mayoría de los tratadistas sostienen que es un contrato pero no alcanzan a explicar de manera satisfactoria , porque sus efectos obligan a la minoría inconforme y ausente, ni porqué la intervención judicial sea condición de eficacia en casi todas las modalidades. De entre esas distintas teorías cabe destacar: Las Contractuales, Las Procesales, Las de Obligación Legal y La de ROCCO o de la suma de Intereses.

TEORIAS CONTRACTUALES

No

Dentro de las varias teorías Contractuales, cabe destacar como las más importantes las siguientes:

A) TEORIA DE LA VOLUNTAD FORZADA (PARDESSUS, WINDSCHEID, ETC.)
Los partidarios de esta teoría sostienen que el Concordato es un contrato de derecho común. No explican, sin embargo considerando así quedan a él vinculado los acreedores que no intervinieron o se opusieron al mismo por expresa manifestación con su voto negativo.

(12)

B) TEORIA DE LA VOLUNTAD Y REPRESENTACION PRESUNTA
 La explican sus seguidores, diciendo que la mayoría de los acreedores que votan la aceptación del Concordato, lo hacen también por los acreedores ausentes cuya representación intervienen presuntivamente.

C) TEORIA DE LA TRANSACCION JUDICIAL (RAJADA)
 Argumenta este autor que el convenio no deja de ser una transacción que en razón de la intervención del órgano judicial, de institución de carácter privado se transforma en institución de derecho público. Esa intervención Estatal tiene por finalidad de una parte, fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales, en garantía de los derechos que corresponden a los acreedores y deudor, y de otra, respaldar con fuerza vinculante "ERGA OMNES" el convenio una vez aprobado por el juez. Dicha transformación que afecta la extensión de sus efectos normales y materiales, vincula a todos los acreedores que hayan existido o no a la junta con excepción de los hipotecarios y privilegiados.

Las teorías Contractualistas acogidas unánimemente por los autores y por la mayoría de las legislaciones, se les ha formulado diversas críticas, tales como las siguientes:

a) No es dable aceptar la teoría del Contrato pues, el elemento esencial que lo constituye es la voluntad y esta desahace porque el Concordato es aprobado por una mayoría que obliga y vincula a los ausentes y disidentes. Además, el Concordato, una vez aprobado por el juez, vincula a terceros que no participaron en el acuerdo, quienes quedan con la obli

(13)

gación de esperar el cumplimiento de lo acordado para poder ejercer sus derechos.

b) Tampoco puede ser de recibo la teoría Contractualista porque desaparece la vinculación contractual en la suposición de una voluntad colectiva entre deudor y acreedor, cuando el juez del conocimiento decide no homologar el Concordato por deficiencias en su tramitación procesal o en su contenido.

TEORIAS PROCESALES

Son dos fundamentalmente.

A) TEORIA DE LA DECISION JUDICIAL (POTHIER, POLLAK, →)
En su presentación no existe unanimidad entre los autores. La explican diciendo que la voluntad de los acreedores ausentes y disidentes es sustituida por el juez; otros dentro de la misma concepción asimilan la propuesta del Concordato a una demanda y su aprobación por el juez a una sentencia de la que emergen las diversas obligaciones Concordatorias.

B) TEORIA DEL CONTRATO PROCESAL (DOLAFFIO - KHDLER)
La anuncian diciendo que el Concordato no es como la quiebra una solución forzada sino libre, por expresión de la voluntad mayoritaria de los presentes, pues la minoría contraria y los ausentes no pueden por sí mismos, ni por el inferior interés que representan ni por la actitud despreocupada que

adoptan en la resolución a tomar. La resolución favorable es indispensable del juez da fuerza jurídica al contrato.

TEORIA DE LA OBLIGACION LEGAL 40

Los sostenedores de ésta manifiestan que la obligatoriedad para los intervinientes directos en el Concordato, resulta de un convenio o contrato, y la vinculación de los ausentes y disidentes surge como consecuencia de un mandato imperativo legal.

Finalmente, se ha planteado la TEORIA DE ROCCO. Este autor sostiene que el concordato es un contrato pero que las características de su concepto lo distinguen particularmente e imponen su consideración especial. Más adelante anota, que el procedimiento colectivo o igualitario agrupa a los acreedores en una comunidad calificada que se llama maza y cuyas expresiones no pueden ser múltiples como su conformación sino única, como comunidad que es; la mayoría dentro de tal comunidad impone la voluntad a ésta por que se presente la mayor suma de intereses personales, lo que presupone que es la decisión más aproximada al interés general o común. La homologación sería entonces, nada menos que la expresión de función tutelar, control o formalidad procesal de la justicia.

Fuera de las teorías esbozadas se han dado opiniones por autores de reconocida autoridad como son las de: ANTONIO y

JOAQUIN CARRIGUES entre otros.

Desde un punto de vista muy personal, que se identifica con aquellos que consideran la naturaleza del proceso de Concordato como una institución que comprende dos etapas diferentes; la primera etapa, estructurada sobre la base de un "acuerdo" entre el deudor y la mayoría de sus acreedores y la segunda, los efectos obligatorios de ese acuerdo como consecuencia de la homologación judicial. Distinguiéndose estas dos etapas, el legislador debe trabajar, dentro del campo de la autonomía de la voluntad privada o las partes, en primer término, el deudor se dirige al funcionario competente exponiéndole su situación y solicitándole la admisión a Concordato; luego al juez o funcionario a quien se hace encuentra procedente la petición, convocará a los acreedores a fin de que en su presencia deliberen en torno a la propuesta del deudor, no permitiéndole al juez su intromisión en el manejo de las deliberaciones de las partes; el artículo 1922 del Código de Comercio preceptúa que las deliberaciones Concordatorias se cumplieren en presencia del juez bajo su dirección como conciliador. Finalmente al llegar a un acuerdo, esa voluntad de las partes se consigna en un acto, de acuerdo que para su eficacia requerirá la aprobación judicial, si se ajusta a las prescripciones legales. Lo anterior en virtud del interés Estatal de proteger el orden público. El Estado mediante la decisión del órgano judicial (auto de homologación), reconoce la validez jurídica del acuerdo celebrado entre el acreedor y su deudor y constituye, por dicha declaración judicial, un nuevo estado jurídico en las relaciones futuras que deboran desarrollar el deudor y los

acreedores.

En cuanto a la naturaleza de la Liquidación Administrativa Forzoza, nos encontramos frente a un proceso de liquidación adelantado por el Estado a través de una de sus ramas del poder público. La institución de la Liquidación Administrativa en nuestra ley obedece a la importancia de determinadas empresas en la economía Nacional, y por lo participación del Estado en ellas, lo cual es saludable no sujetarlas a trámites quebrerío, sino a un sistema de control del Estado, a fin que planteada su crisis económica, sea el Estado por medio de su rama administrativa, el que resuelva la situación liquidatoria.

CLASIFICACION DE LOS PROCESOS CONCURSALES Si

Nuestro ordenamiento jurídico establece trámites procesales distintos para la ejecución universal concursal: Uno, para los deudores no comerciantes y otro, para los comerciantes. El primero se trámite según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y Código Civil y el segundo, mediante los trámites consagrados en el Libro VI del Código de Comercio. Establecido universalmente a beneficio de quienes de manera honesta se dedican a la actividad mercantil. De acuerdo con lo anterior, los procesos concursales se dividen en dos clases:

- A) Procesos Concursales de carácter Civil para los no comer

(17)

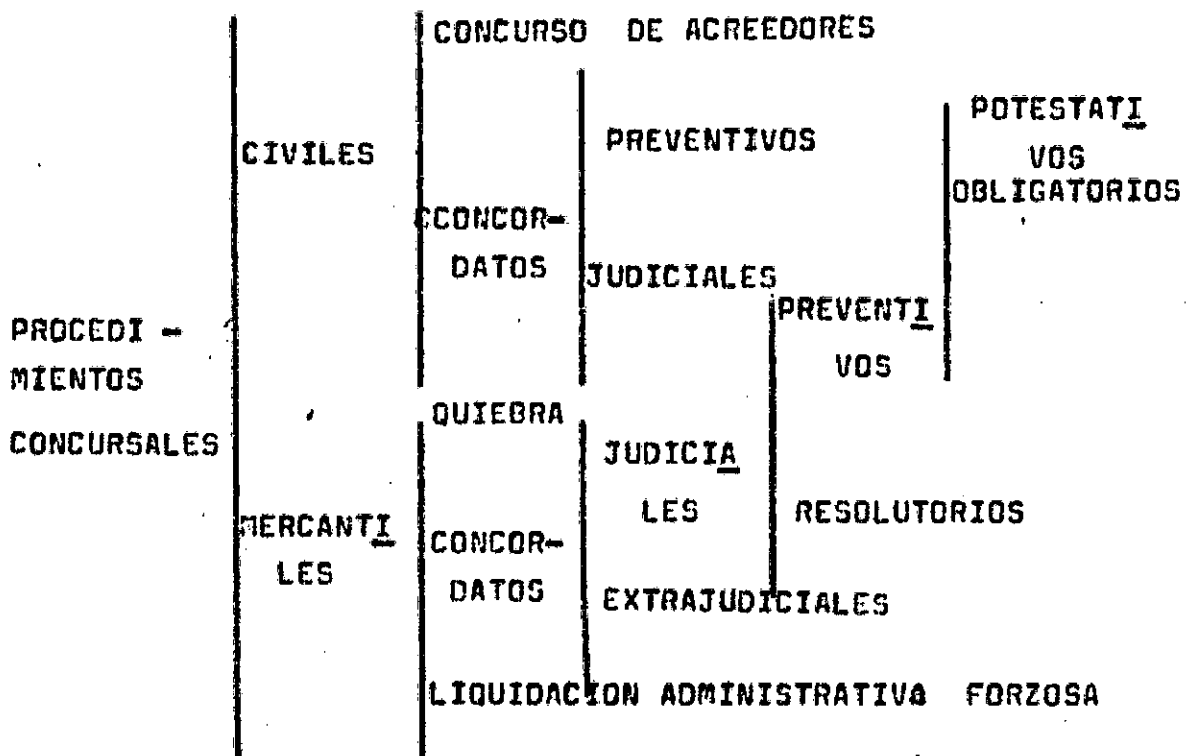
cientos.

B. Procesos Concursales de carácter mercantil para los comerciantes.

Al primer grupo corresponden el "Concurso de acreedores" y el de los "Concordatos" que pueden ser "Preventivos" y "Judiciales".

Al segundo grupo "La Quiebra" como proceso típico concursal, "Los Concordatos" y la "Liquidación administrativa forzosa".

A continuación para mayor comprensión, observar el cuadro - que sigue:



(18)

Los acuerdos Concordatarios mercantiles pueden ser judiciales o extrajudiciales, según que para su eficacia sea o no necesario la aprobación u homologación del juez. Pueden catalogarse en el primer grupo el Preventivo y el Resolutorio.

Analizados desde el punto de vista de la finalidad que con ellos se persigue, los Concordatos mercantiles pueden ser:

A. PREVENTIVOS

Cuando con ellos se busca evitar el estado de bancarrota. - Estos presentan dos modalidades: POTESTATIVOS y OBLIGATORIOS, el primero consiste, en que el comerciante que haya suspendido o tenga suspendido el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, puede solicitar se le admita la celebración de un convenio o Concordato con sus acreedores. La petición debe emanar siempre del deudor.

Y el PREVENTIVO OBLIGATORIO, cuando se trate de sociedades comerciales sometidas al control de la Superintendencia de sociedades (1) que tengan un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes, siempre que para ellas no sea obligatorio la liquidación administrativa de que habla el artículo 1935 del Código del Comercio (2), sólo podrán ser declaradas en quiebra cuando hayan agotado sin éxito el trámite del concordato preventivo o si se hubiera perfeccionado tal acuerdo y no se hubiese cumplido.

De suerte, pues, que para esta clase de instituciones, el concordato preventivo reviste el carácter de obligatorio y presenta peculiaridades muy especiales, como que se trámita

(18)

ante la Superintendencia de sociedades quien lo convoca, a petición de la misma sociedad o de cualquier acreedor, pero debe ser confirmado por el juez que es competente para conocer del proceso de quiebra, si fuere del caso.

(1): Las Sociedades Anónimas o en Comandita por acciones y y las Limitadas cuyo activo sea superior a \$ 150.000.000.

(2): No se aplicará a los establecimientos de créditos, cualquiera que sea su denominación, a las compañías de seguros, a las sociedades administrativas de inversión, a las sociedades de capitalización y ahorro y a los deudas que estén sometidas a un régimen especial de liquidación administrativa, las cuales no estarán sometidas a concordato preventivo ni a la declaración de quiebra.

U. RESOLUTORIOS

Son los que resuelven o dan por terminado el proceso de quiebra, al menos a los efectos patrimoniales.

Las notas distintivas entre los procesos concursales civiles y los mercantiles, obedecen a los presupuestos básicos en que se sustentan; los Civiles se han instituido para las personas "No comerciales" que se encuentren en estado de "insolvencia" y los "Mercantiles", para los comerciantes que se encuentren en estado de "cesación de pagos".

Resulta extraño que el proceso de concurso del deudor mercantil, y el del concurso de acreedores del deudor civil; sigan procedimientos diferentes. Es necesario que el proceso debe unificarse, pues la situación es similar. En ambos casos el

proceso se inspire en un interés público, desde que el deudor civil puede no utilizar adecuadamente el crédito estatal y el privado para fines sociales como los agropetuarios y los de construcción de vivienda, por ejemplo.

La unificación es conveniente, con lo cual se pondra fin al antitécnico sistema de que un proceso se regule en un código sustancial, y por otra parte se evita las controversias sobre la calidad comerciante o civil del deudor.

FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONCURSALES S.

Los procesos concursales no pueden examinarse desde un punto de vista aislado del derecho, ellos tienen que ver con otras ramas y otras ciencias. Trasciende la esfera del campo social y económico y, afecta el interés público. Y desde este aspecto, los procesos concursales deben fundamentarse e identificarse dentro del marco de la realidad socio-económica de una comunidad. Por tanto el establecimiento, las normas y los procedimientos tendientes a introducir el orden y la justicia en ese tipo de relaciones, si busca producir efectos, no puede proceder de la simple voluntad o deseo del legislador sin el el previo conocimiento de la realidad social y económica en medio de los cuales han de aplicarse.

El derecho como ordenador de la vida no puede permanecer aislado de la misma, al diario quehacer de las gentes; a las actuales mutaciones y cambios en la economía y la política a fin de ser un factor determinante en el logro de su objeto último: El bien común, una de las ramas del derecho, más son

(21)

sibles a los cambios socio-económicos es el Derecho Mercantil; este derecho más que el resultado final de un proceso consistente en la expedición de preceptos obligatorios por sí mismo, está constituido por el producto de una actividad legislativa que ha asimilado previamente y tomado como bases fundamentales el desenvolvimiento práctico de la vida de los negocios, los usos que han ido asentándose hasta constituir - verdaderas costumbres mercantiles las necesidades que han dado lugar a ello, la naturaleza y función de los distintos - actos, el marco económico general las experiencias adquiridas y los efectos de normas anteriores sobre materia general, las experiencias adquiridas y los efectos anteriores sobre materias similares, o sobre los mismos asuntos objeto de regulación.

Al respecto basta recordar como la formación del derecho mercantil ha sido primordialmente consuetudinaria pues se ha forjado y perfeccionado a lo largo de la historia a partir de - usos uniformes, reiterados y generales al rededor de los cuales el mismo comercio fue elaborando sus fuerzas vinculadoras sus formas aceptables de expresión, y sus efectos y limitaciones llegándose finalmente a la consagración definitiva por parte del estado que ha ido plasmando en normas imperativas por parte del uso y las costumbres como elementos esenciales resultantes de un proceso evolutivo de largo tiempo.

Al respecto en épocas pasadas, los procedimientos concursales se instituyeron para proteger a los acreedores. Posteriormente, su fin último era la protección del crédito. En los actuales momentos, los procedimientos buscan, antes que la protección del crédito de los acreedores, la protección de la "empresa"; contemplándose la Empresa como toda actividad humana

que genera desarrollo social económico de una determinada región, por cuanto se considera una actividad útil para la comunidad.

De acuerdo con lo anterior, la ley de los concursos en las legislaciones moderna no está dirigida como un procedimiento a la rehabilitación de la Empresa, pero debe atender como principio sustancial y definitivo, la posibilidad de la conservación, a fin de evitar su disolución y su desaparición, para que así se logre mantener una fuente de empleo y una actividad indispensable para el progreso de una sociedad.

Observamos que la quiebra, como de los procesos concursales por excelencia tiene y persigue dos finalidades e igualmente importantes; el pago de los acreedores del deudor comerciante, llevado a cabo en favor de todos y en condiciones más eficaces que las que pueden conseguirse mediante un simple proceso común de ejecución; y la sanción penal de las omisiones y actos de culpa o de fraude del deudor que haya influido en su quiebra. ✓

La primera finalidad tiene por objeto intereses meramente particulares, como son los derivados de cada crédito para respectivo titular frente al deudor; finalidad que se persigue con la utilización de un proceso de ejecución adelantado en interés de todos los acreedores, a fin de que, todos ellos que depositaron su confianza en el deudor sean compañeros o compartan la fe o confianza que le ha merecido el deudor. Esa finalidad no solamente puede ser obtenida con

(23)

el proceso de ejecución colectiva, sino que, dada la índole particular o privado de los intereses comprometidos en ese proceso, puede ser objeto de un arreglo convenido entre el deudor y los acreedores; acuerdo que puede ser aprobado con el voto del deudor y el de sus acreedores - que representan no menos del ciento por ciento de los créditos reconocidos, tratándose del Concordato celebrado - dentro del proceso de quiebra, según el artículo 1889 del Código de Comercio.

Paralelamente a esta primera finalidad de la institución de la quiebra, está y no puede subestimarse la otra finalidad antes mencionada, esto es; la sanción o represión penal de la culpa o fraude del deudor en el manejo de su patrimonio y en sus relaciones con sus acreedores; finalidad que tiene por objeto la tutela de un interés jurídico general que es superior al interés jurídico particular derivado de las operaciones de créditos celebrados y pendientes entre el deudor y sus acreedores.

Por que la conducta del deudor influye generalmente en el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y cualquier fraude o culpa en esa conducta puede producir trastornos en la vida comercial que afecta el correcto desarrollo de los negocios y el mismo orden público económico; por lo cual las omisiones y los actos ejecutados con culpa e intención fraudulenta en el manejo del patrimonio o del crédito, además de lesionar el interés particular comprometido en esas relaciones, lesiona el interés general.

Pero al tratar las finalidades de la quiebra, no podemos

(24)

olvidarnos del Concordato, ya que, el derecho no ha querido que se acuda a la quiebra en forma inmediata y absolutamente inevitable cuando un comerciante deudor atravieza momentos difíciles.

La ley ha buscado que, dadas ciertas condiciones, el estado de quiebra y su declaración por autoridad competente se vean precedidas por la posibilidad de acuerdo entre deudor y acreedor, como cida en el lenguaje jurídico bajo el nombre de Concordato, cuyo objeto tiene un indudable carácter de transacción y cuyas bases radican en la equidad, la buena fe y la igualdad de los acreedores, desde el punto de vista jurídico y en la importancia de preservar la Empresa, desde el punto de vista económico y social.

Si alguna institución se puede considerar no solamente útil sino necesaria para la estabilidad del equilibrado desarrollo de las actividades mercantiles, es la conformada por el régimen concordatario que corresponde al propósito de mantener y defender la Empresa, y en la eliminación de los escollos que impiden o dificultan su solvación cuando el empresario se ve abocado a la cesación de pagos o teme incurrir en ella. Este fin se haya íntimamente ligado a un principio que inspira y fundamenta la institución del derecho mercantil, que consiste en el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas por el comerciante para garantía de sus acreedores y para bien de la comunidad en general. De la mutua credibilidad entre quienes practican las actividades propias del comercio depende la estable realización y el desarrollo armónico del infinito número de relaciones económicas que la acción y profesión de comerciante llevan adscritas.

(2 5)

La crisis y sobresaltos de cualquier Empresa repercuten por necesidad sobre los demás, y genera el malestar y la incertidumbre en todo el sistema. No es de extrañar entonces, la peligrosa y a veces muy graves consecuencias que tienen tales crisis en los más diversos puntos del acontecer social-económico del país. Es decir, el incumplimiento forzado o voluntario del comerciante no se detiene, en cuanto a su efectos en el perjuicio causado a los acreedores, sino que trasciende más allá.

El estatuto jurídico del comerciante debe atender con prioridad al señalamiento de preceptos terminantes pero eficaces que lleven a la realidad de ese principio de cumplimiento, sin otorgarle puerta de escape a su responsabilidades pecuniaras, ni mecanismos evasivos que, bajo pretexto del amparo a la empresa impliquen la salida fácil.

El concordato no ha sido establecido para cobijar la irresponsabilidad del obligado sino, para prevenir la quiebra del buen comerciante obligándolo en los términos del acuerdo respectivo, sobre la base de una credibilidad que no provenga del paternalismo del estado o del simple perdón de los acreedores sino de la responsabilidad asumida por el propio comerciante. Esa credibilidad tiene por base irremplazable la buena fe de quien es admitido a Concordato tanto si ella ocurre por su propia voluntad como si obedece a la perentoria obligación legal por el número de trabajadores vinculados o por el monto de los pasivos externos.

C A P I T U L O I I

BREVE HISTORIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES NÓ

DERECHO ROMANO

Los procedimientos de ejecución tienen su origen en el Derecho Romano. Si lo consideramos como proceso de ejecución. La historia de estos procesos se remontan en el Derecho Romano y más concretamente en la ley de las XI Tablas, en que el derecho del acreedor sobre el deudor incumplido lo realizaba sobre su cuerpo (persona), sin tener en cuenta el patrimonio de la misma. La persona, era quien debía responder con su libertad o vida, el pago de las obligaciones.

La Ley de las XII Tablas fue considerada por los Romanos como la fuente propia de su derecho. Es la ley por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de legitimum y, además las leyes posteriores no han frecuentemente más que desenvolver el derecho de las XII Tablas.

He aquí, cual es el orden generalmente adoptado, según la deducción de los fragmentos del jurisconsulto GAYO:

- I y II. De la organización judicial y del procedimiento
- III. De la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes
- IV. De la potestad paternal - V. De las sucesiones y tutelas
- VI. De la propiedad - VII. De las servidumbres

27)

VIII. De los delitos y quexas de las obligaciones en general.
 IX. Del derecho público - X. Del derecho Sagrado
 XI. y XII. Suplemento de las diez primeras Tablas.

En la ley de las XII Tablas, como anteriormente se anotó el derecho del acreedor sobre el deudor incumplidor se hacia efectivo en la persona del mismo, ignorandose el patrimonio de que disponia este. Era la persona quien debía responder con su libertad o su vida el pago de sus obligaciones. Algunos autores consideran que lo consagrado en la ley de las XII Tablas, era una manifestación de venganza, por que la "Manus injectio" más que una pena, era una especie de venganza contra el deudor. Consistía en que; toda condena siendo pecuniaria, era reconocida al demandado como deudor de una cantidad de dinero.

El procedimiento de derecho común organizado para forzarlo o ejecutar la condena era la "Manus injectio"; según la ley de las XII Tablas se aplicaba no solamente al demandado, si no también al que había reconocido su deuda delante del magistrado. Treinta días, le estaba concedidos para liberarse; si dejaba pasar este término sin haber pagado, quedaban expuestos a los rigores de la Manus injectio.

En el derecho Romano solemnemente el acreedor llevaba al deudor in jus según las formas ordinarias, y después se procedía a los ritos de la acción. El acreedor expresa la causa de la persecución y el importe de la deuda, después de pronunciado lo anterior, ponía la mano sobre el deudor.

Este no podía negar el derecho del acreedor y rechazar esta captura, nada más que pagando o suministrando un Vindex.

(28)

El Vindex es un tercero que toma por suyo el asunto, y gracias a su intervención, el deudor queda en libertad y colocado fuera de causa.

El procedimiento podía terminar de dos maneras distintas así:

A. Si el deudor no ha encontrado Vindex, el magistrado le declara addictus. El acreedor puede llevarle a su morada, encadenarlo y tratarlo como esclavo de hecho, aunque no de derecho. La ley fijaba el peso de la cadena y los alimentos que debían darselos, aunque además tenía derecho a alimentarse a su cargo.

Esta situación duraba sesenta días, durante los cuales el deudor podía aún obtener su libertad transigiendo o encontrando un Vindex. El acreedor debía además, facilitar su libertad publicando durante tres días de mercado consecutivo el nombre del deudor y el importe de la deuda. Una vez expirado el término, sino había pagado nadie por él, era muerto el deudor o vendido como esclavo. Cuando había más acreedores podían repartirse su cuerpo; pero según testimonios de antiguos autores, esta disposición de la ley de las XII Tablas (In partis secando) no llegó aplicarse nunca.

B. Si el deudor encuentra un Vindex, se verifica un nuevo proceso entre el acreedor y el Vindex. La pérdida de este proceso hacía condenar al Vindex al doble para castigarle por haber puesto obstáculos al derecho del acreedor.

En resumen, la Manus injectio atacaba a la persona del deudor y sólo alcanzaba los bienes indirectamente. Llevaba con

(23)

siglo su muerte o su *capitis deminutio* máxima; los bienes y el precio que se sacaba de su venta como esclavo servían para pagar a los acreedores.

Las disposiciones contenidas en la ley de las XII Tablas, fueron sufriendo transformaciones como consecuencias del cambio social que se venía operando en Roma y la influencia que sobre el andamiaje jurídico ejercían los plebeyos. Se cambió el sistema de la persecución sobre la persona del deudor. Y son los pretores los primeros en tratar de amortiguar la cruel disposición de las XII Tablas a través de la "Pactalia Papiria", que vino a ser un paliativo en los primeros siglos de Roma, cuya historia está llena de las luchas suscitadas por las dudas entre los Patricios y los Plebeyos y, excesos cometidos por los acreedores sobre los deudores *Nexis* (obligados por el *nexum*). Esos abusos provocaron la mencionada medida legislativa.

Hacia el año 428 de Roma, una ley que intervino en favor de los *Nexis* declaró libre a los ciudadanos que eran *Nexis* en el momento de su promulgación, prohibió encadenar en lo sucesivo a los deudores y decidió que no podrían ya comprometer sus personas en provecho del acreedor, sino solamente sus bienes.

Posteriormente se estableció el procedimiento de la "Bonorum Venditio", que recibe la consagración definitiva en el siglo VII con la ley *Acutia*, que significaba la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores.

Esta venta podía tener lugar : bien viviendo el deudor, o

(30)

bien después de su muerte. Se hacía durante su vida; si estando demandado se sustrala o lo persegución sin dejar un representante; si había dejado sus bienes a sus acreedores, como lo autorizaba una ley Julia, si no pagaba su deuda después de haber sido condenado por una sentencia del juez (Judicatus) o después de haberlo reconocido delante del magistrado (confesión in jure). Tenía lugar después de su muerte, cuando no dejaba heredero alguno.

PROCEDIMIENTOS DE LA BONORUM VENDICTIO

Los acreedores, o uno de ellos, piden al pretor la entrega o a posesión de los bienes del deudor insolvente. Después del exámen del asunto, y si tiene lugar, el magistrado se lo concede por un primer decreto.

Esta misma in possessionem no es más que una medida conservatoria que solo hace pasar a los acreedores a una simple retención de los bienes.

Se hace pública, anunciándolo por carteles y dura todo lo más treinta días, mientras los cuales, el magistrado nombra uno o varios curadores para la administración de los bienes. Una vez expirado el término, viene un segundo decreto del pretor autorizando a los acreedores para reunirse y escoger a uno de ellos como magister, para proceder a la venta.

Este Magister fija las condiciones de la venta, la Lex Bonorum Vendorum; saca del cuaderno las cargas que indican la lista de los bienes, las deudas de que están gravadas y la

(31)

postura del precio. Esta ley de venta esta autorizada por un tercer decreto del magistrado y se hace público por carteles. Luego de pasado cierto término se procede a la venta en pública subasta, y aquel y aquel que ofrece a los acreedores el más fuerte dividendo, es decir, el más alto precio, es quien se le declara adjudicatario.

Para el deudor despojado de esa manera de su patrimonio, la "Bonorum Vendictio" llevaba consigo la nota de infamia, y si vivía, podía ser aprisionado. Además, siempre quedaba expuesto a la acción de los acreedores, y si con el tiempo adquiría nuevos bienes, los acreedores que no estuviesen completamente desinteresados podían perseguirlo y hacer proceder a una nueva bonorum vendictio. Pero, entonces, el deudor gozaba del beneficio de competencia a condición de que la persecución tuviera lugar en el mismo año.

Una ley Julia del tiempo de Cesar o Augusto mejoró la situación del deudor insolvente y de buena fe, permitiéndole hacer cesión voluntaria de sus bienes a sus acreedores. Mediante esta cesión se libraba de la prisión y de la infamia. Entonces, los acreedores no podían hacerle condenar por sus deudas anteriores a la Bonorum Vendictio nada más en límite de sus facultades, y este beneficio de competencia no estaba limitado al plazo de un año sino concedido en cualquier época que tuviese lugar la persecución.

El procedimiento consagrado por dicha ley, es muy parecido al concurso de acreedores para los deudores civiles, establecido en nuestro código de Procedimiento Civil.

El procedimiento formulario de la Bonorum vendictio, dejó de

(32)

estar en vigor junto con la desaparición de los procedimientos formularios, y con ella la adquisición universal que resultaba. Fue reemplazada por la Districtio Bonorum, que no es más que una venta en detalle de los bienes del deudor insolvente hecha por ministerio de un curador.

Los procedimientos ejecutivos Romanos tiene como nota característica y motivos determinantes, el incumplimiento del deudor el que podía obedecer a la incapacidad de pagar o la simple mala voluntad.

Sobre el procedimiento de la Bonorum Venditio, se considera que se encuentra el germen de los principales elementos de la quiebra de nuestro derecho moderno: desprendimiento y aprehensión del deudor, nombramiento de un curador y de un magister, cuyos cargos son muy parecidos a los de un Síndico, etc.

En conclusión, la evolución del derecho Romano al respecto se pueda sintetizar de la siguiente manera:

- A) El procedimiento de ejecución colectiva nace con la Bonorum Venditio, de origen pretoriano.
- B) La igualdad de los acreedores aparece ya en la ley de las XII Tablas al estatuir que los acreedores son admitidos a partirse el cuerpo en la proporción de sus derechos.
- C) La masa de los acreedores aparece ya en el derecho Romano. El ejecutante obra en interés de todos los acreedores.

(33)

res y el hecho de ser el iniciador no otorgaba privilegios alguno. Todos los acreedores que deseaban participar tenían derecho de reclamar al pretor, la *miccio in bona*.

- D) Todo ello, basado en el concepto de la personalidad del patrimonio y esté como accesorio de la persona, concepto subjetivo que explica la quiebra como una acción al mismo tiempo sobre la persona y por su intermedio sobre los bienes del deudor.

DERECHO ESTATUTARIO 60

La quiebra como proceso concursal y como instituto contra la insolvencia, sólo aparece en la edad media en el derecho estatutario de las Repúblicas Italianas. En este derecho estatutario se consagra la división de los concursos para los comerciantes y para los no comerciantes. El instituto de la quiebra se consagra para los comerciantes, a quienes se reservan severas sanciones que nuestras legislaciones han venido heredando, en cambio, para el no comerciante se dan normas más benéficas y su situación queda definida por el concurso Civil.

Muchas causas impuso la necesidad de proteger el crédito mediante normas legales, a fin de estructurar la ejecución concursal.

Entre esas causas encontramos: el desarrollo del comercio, la

aparición del crédito como sistema propulsor del mismo y, la influencia de las ferias y mercados. En donde concurrían a vender los productos agrícolas y artesanales.

Con el tiempo el funcionamiento de los mercados se regló estricto y en lo relativo a la ejecución de las operaciones se proveía hasta la pena privativa de la libertad para el vendedor o comprador incumplidor. Como ampliación de los mercados locales se organizaron las ferias, que consistían en reuniones periódicas de productores y comerciantes para establecer sus transacciones.

A la sombra de dichas ferias se fueron perfeccionando instituciones importantes como la letra de cambio, la compensación del crédito y el procedimiento sumario de la quiebra.

Fue en la constituto de Siena, en el año 1232, donde aparece por vez primera la palabra "Cessato" que designa al comerciante en estado de quiebra. El estatuto de Bolonia, de 1250, se refiere al comerciante fallido o "Cessato". Todos los estatutos de los diferentes Estados (El de Venecia, año 1224 1480; Vicenza, 1254; el de Milan, de 1341; el de Florencia, 1393; el de Genova, de 1414, 1418 y 1550), se refieren al deudor insolvente.

Erán estatutos de plazas comerciales e industriales de primer orden.

Florencia por ejemplo, era además, el mayor centro cambiario de la orba.

Los anteriores estatutos presentan las siguientes características comunes:

(35)

- A) Al deudor se le considera siempre un defraudador y se le aplican sanciones penales.
- B) El deudor pierde la facultad de disposición y administración de sus bienes.
- C) Los acreedores forman una masa, la cual se expresa a través de una asamblea.
- D) La asamblea de acreedores verifica y gradúa los créditos a cargo del deudor.

Todos los principios recogidos en el Derecho Estatutario, pasaron al derecho Francés en cuyas famosas e importantes ordenanzas, dictadas bajo el reinado de Luis XIV o iniciativa de su ministro Colbert, y que son conocidas con el nombre de "Código de Savary" y de "Code Marchand".

Se promulgó primero (el 23 de mayo de 1673) La Ordenanza - Sur Le Commerce, que se refirió al comercio terrestre propio, llamado código de Savary en razón de que fue Santiago Savary el principal redactor.

En las Ordenanzas de 1673 se preceptúa que la quiebra o bancarrota será reputada abierta desde el día en que el deudor se ha retirado, o que se le halla impuesto sello sobre sus bienes.

Otros Estados siguieron el ejemplo de Francia y promulgaron sus respectivas ordenanzas. España ya tenía las famosas de Bilbao, que fueron completadas por medio de sucesivas ediciones hasta la definitiva de 1737 en la que, recibirán in

(36)

fluencias de las ordenanzas de Luis XIV.

Tenemos que la primera codificación Francesa, data de 22 de septiembre del año 1807, principio a gestarse por iniciativa de la asamblea Nacional Constituyente de Francia que ordenó la redacción de los códigos Civil y de Comercio, pero las constantes crisis políticas y guerras retrasaron la expedición de los mismos. En 1801 una comisión de 7 miembros fue encargada de redactar el de comercio, cuyo anteproyecto se sometió al estudio de tribunales de comercio, Tribunales de apelación, y de Casación por último al consejo de Estado. A raíz de varios escándalos financieros y bancarrotas, en 1806 Napoleón ordenó a dicho consejo reanudar los estudios y por ley de 22 septiembre de 1807 se adoptó el código de comercio que entro a regir en enero de 1808. Lo integrarán 648 artículos repartidos en cuatro libros cuyos epígrafes indican los temas regulados, a saber: el primero, el Comercio en general; el segundo, el Comercio Marítimo; el tercero, Las Quiebras; el cuarto, La Jurisdicción Comercial. El libro tercero que regulaba íntegramente la materia sobre quiebra, disponía en su artículo 441, que la época de la apertura de la quiebra "Es fijada, sea por el retiro del deudor, sea por la clausura de sus almacenes, sea por la fecha de cualquier auto que constate la negativa de cumplir o de pagar los compromisos comerciales". Posteriormente la ley Francesa de 1838 que modificó el Código del 1807, adoptó como presupuesto para la declaratoria de quiebra, la "Cesación de pagos" fórmula que ha venido siendo acogida por el Derecho Latino y especialmente, por el Colom-

biano.

EL DERECHO CONCURSAL EN COLOMBIA

Nº

Para examinar la historia del derecho concursal en el país, es preciso analizarla a través de las épocas históricas: - Conquista, Colonia, Independencia y República.

Durante la época de la conquista y la colonia, los procedimientos concursales estuvieron regulados, por las mismas normas que regían en la Metrópolis contenidas en las Recopilaciones de Indias, Ordenanzas de Bilbao, etc.

La característica común de esta legislación fue político-administrativa.

Es importante examinar las Ordenanzas de Bilbao, por el hecho de ostentar el valor histórico de haber permanecido en vigor en las colonias Españolas de América hasta mediados del siglo XIX. En Colombia rigieron hasta el 1853.

La primera versión de las ordenanzas de Bilbao datan de 1459; Su texto se modificó en 1511 cuando los comerciantes de Bilbao obtuvieron el reconocimiento real de la jurisdicción Consular. De dichas ordenanzas se hicieron sucesivas ediciones así: en 1665, se le hicieron ampliaciones. En el 1725 una junta general de comerciantes celebrada en Bilbao acordó dictar una nueva ordenanza que estuviesen de acuerdo a los nuevos tiempos.

En el 1736 se le presentó al rey Felipe V la reglamentación perfeccionada, aprobandola por cedula real del 2 de diciembre

(38)

de 1737, la cual se conoce con el nombre de "Nuevas Ordenanzas de Bilbao".

Estas ordenanzas, se dividía en 29 Capítulos y en el XVII, trataba de los atrasos fallidos, quebrados o alzados, su clase y modo de procederse en sus quiebras. El procedimiento de la quiebra estaba regulado prolijamente.

De acuerdo con esas disposiciones los comerciantes que se veían obligados "a dar puntos a sus negocios", debían hacer lo saber a prior y a los consules, quienes tomaban posesión de los bienes y los entregaban a depositarios interinos. Los acreedores se constituían en junta, tenían facultades de nombrar Síndicos, comisarios y remover depositarios. Se admitía en las ordenanzas de Bilbao, el ajuste, convenio de "espera y quita", sin concretarse un procedimiento a seguir para dichos efectos.

En la época de la Independencia, el derecho privado Hispánico continuo rigiendo en nuestro país durante algunos años, por mandato Constitucional.

La Constitución política de 1821 dispuso en su artículo 180: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido todas las materias y puntos que directa e indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el congreso". Esta disposición significó, la adopción de las mismas normas Españolas que regían respecto a los procesos concursales, en especial, las disposiciones de las ordenanzas de Bilbao, y como ocurrió en otros países Hispanoamericanos, estas se mantuvieron vigentes en lo esencial, inclusive mucho tiempo después de haber sido

sustituidas en España por el Código de Comercio de 1829.

En el año 1853 se expidió el primer código de Comercio del país, en que los legisladores se limitaron a reproducir ca si textualmente el código de Comercio Español expedido en 1829, pero con la influencia ideológica del código Francés Napoleónico, sobre criterio objetivo de la calidad de co - merciante. En el que se consagró la teoría de los actos - del comercio y dispuso que la jurisdicción mercantil es - competente no solo en los pleitos "entre comerciantes sino también en lo relativo a los actos de comercio entre cual - quiera persona". Así el derecho mercantil se despojo de su carácter clasista, lo de los comerciantes, para convertirse en derecho de ciertas actividades que se ejercen unas ve - ces en forma habitual y otras accidentalmente.

Y siguiendo con nuestro primer código de comercio, constaba de 1110 artículos, el último de los cuales dispuso: "Que - den derogadas las ordenanzas de Bilbao, y todas las dispo - siciones sustantivas sobre comercio que hasta ahora hayan regido en la República".

La efímera existencia de este código causada por el cambio del sistema constitucional, no permite, no permite analizar las disposiciones atinentes a los procedimientos concursales.

Posteriormente, con la constitución política de 1858 se esta - bleció el régimen federal. En ella se autorizó a los Estados soberanos (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander) para legislar en todos los - ramos del derecho privado. Y el artículo 15 en su numeral -

(40)

13, reservó al gobierno nacional "Todo lo relacionado a la legislación marítima y a la del comercio exterior y costanero". Así se originó una división ; la de comercio marítimo y la del comercio terrestre.

Reconstituida la nación en República Unitaria con la constitución de 1888, se refrenó el sistema Centralista que unificó la legislación del país. Adscribió el congreso nacional la atribución de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y de reformar sus disposiciones.

En virtud de la ley 57 de 1857, "sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional" se dispuso que: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las ediciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: El de comercio del extinguido Estado de Panama, sancionado el 12 de Octubre de 1859; y el nacional sobre la misma materia, edición de 1874, que versa únicamente sobre comercio marítimo".

El código se adoptó en el país por la disposición de la ley 57 de 1857, que consagró en el libro primero del Título V, lo relacionado con los procesos concursales de quiebra. El artículo 122 preceptó:

Para los efectos civiles se distinguen cinco clases de quiebras:

- A. Suspensión de pagos;
- B. Insolvencia fortuita;
- C. Insolvencia culpable;
- D. Insolvencia fraudulenta;

(41)

E. Alzamiento.

El dispositivo quebrario que se acaba de enunciar, estaba dirigido únicamente a los comerciantes.

Ahora, por virtud de la Ley 54 de 1939, el congreso concedió facultades extraordinarias al presidente de la República, para que dictare decretos extraordinarios sobre materia industrial y económica, a fin de contrarrestar los graves efectos de la situación que existía en el país como consecuencia de la segunda guerra mundial. En uso de esas facultades, el presidente de la República expidió el Decreto 750, el 16 de Abril de 1940, mediante este Decreto adoptó el proyecto sobre quiebra que había presentado la comisión encargada de revisar de manera general el código de comercio. Fue constituida en virtud de la Ley 73 de 1935.

Este Decreto derogó los artículos 121 al 101 del Código de Comercio de 1887, que consagraban el régimen del proceso concursal de quiebra, igualmente, derogó el artículo 22 de la Ley 51 de 1910.

El Decreto 750 de 1940, fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo proferido el 28 de Mayo de 1950. La declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 750 de 1940 que rigió durante 29 años la vida jurídica del país en relación con el derecho quebrario, trajo como consecuencia, una parálisis de los procesos iniciados y una ausencia de normatividad para regular todos los procesos concursales de quiebra que se presentaron en ese momento en el país.

La situación jurídica del momento exigió que se confirieran facultades extraordinarias al presidente de la República, -

para expedir decretos que regularan los procedimientos concursales.

El congreso dispuso en la ley de 1868 en su artículo 20 : -
"Revistase al presidente de la República, de facultades extraordinarias por el término de tres años a partir de la sanción de la presente ley"

En uso de esas facultades concedidas, el gobierno nacional expidió el Decreto 2284 del 31 de diciembre de 1868. Este decreto incorpora a nuestro sistema jurídico procedimientos desconocidos en el país tales como, los Concordatos Preventivos, Potestativos y Obligatorios, e incorpora también, como proceso concursal la Liquidación Administrativa Forzosa. Instituciones procesales que regían desde hacia algunos años en las legislaciones extranjeras especialmente, en la Italiana, que sirvieron de inspiración al legislador de 1868. El Decreto 2284, de 1868, fue derogado por el Decreto 410 de 1871, expedido el 27 de Marzo y contiene el código de comercio vigente.

El código se decretó según las facultades extraordinarias conferidas al gobierno Nacional por la antes mencionada ley.

El libro VI del actual Código de Comercio regula los procedimientos concursales : Concordato, Quiebra y Liquidación Forzosa. Las disposiciones vigentes, que eduloran de defectos de orden técnico estructural , presentan serias contradicciones y, los presupuestos sobre los cuales se levantan los procesos de quiebra, han contribuido a crear un clima de inseguridad en la actividad comercial.

C A P I T U L O III

C - II

PRESUPUESTOS DE LOS PROCESOS CONCURSALES *Si*

Al tratar el tema de los presupuestos de los procedimientos concursales, sólo se referirá a los mercantiles que son los que nos ocupan y, a los que nos interesan intercediendo en este estudio.

Los procedimientos Concursales Mercantiles se han originado en nuestra legislación sobre dos presupuestos fundamentales:

- A. Presupuesto Subjetivo, y
- B. Presupuesto Objetivo.

El Presupuesto Objetivo hace relación a los sujetos de los procedimientos Concursales. Si se trata del sujeto pasivo, el presupuesto se determina sólo en cuanto al "Comerciante", bien sea activo, fallecido o retirado.

El sujeto activo está determinado por todo aquel que tenga interés jurídico para solicitar la apertura del concurso. El presupuesto objetivo examina las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo, el comerciante, para dar viabilidad a la concursabilidad; este presupuesto se hace efectivo cuando el comerciante se encuentra en el estado de "Cesación de pagos", por consiguiente, los dos presupuestos se interrelacionan íntimamente. Si faltare alguno de ellos, no sería viable jurídicamente la procedencia del concurso mercantil.

PRESUPUESTO SUBJETIVO

El sujeto pasivo de los procesos concursales mercantiles, es el "Comerciante", luego es necesario examinar y determinar quienes son los comerciantes dentro de nuestro orden jurídico.

"Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupen en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuestas personas".

El Decreto 410 de 1971, siguiendo la orientación objetiva del Derecho Mercantil, ha determinado en calidad de comerciante a las personas naturales o jurídicas, que ejerzan profesionalmente alguna de las actividades que la ley señala como mercantiles.

De esa limitación surgen dos elementos fundamentales que dan esa calidad a la persona natural o jurídica; la primera se refiere a la profesionalidad y, la segunda que la profesión se ejerza para realizar "actos mercantiles", de donde resulta, que la calidad de comerciante se adquiere por el ejercicio profesional de actos mercantiles.

La profesionalidad implica la habitualidad, la serie de actos repetidos y la dependencia, dedicación a un arte u oficio por los cuales subsiste la persona.

La profesión de comerciante, se manifiesta en la realización de actos jurídicos, bien por que los realice personal o indirectamente. Como lo conagra el inciso del artículo 10.

(45)

Lo que interesa para poder calificar a una persona como comerciante es que los actos afecten su patrimonio o al menos que de ellos se derive o se pretenda derivar algún provecho económico a su favor. Así por ejemplo, quien ha conferido a otro un poder para que le administre un establecimiento mercantil, se hace comerciante en razón de los actos realizados por su mandatario. En cambio éste, que sólo presta su actividad para que sirva de vehículo a la voluntad de su mandante, no adquirirá la calidad de comerciante, en virtud de que los actos en los cuales interviene, en principio ni le benefician ni le perjudican.

Dentro del sistema objetivo de nuestro código son sujetos del Derecho Mercantil, todas las personas que realicen actos de comercio, pero cuando el ejercicio de este acto de comercio es profesional. Estamos en presencia del comerciante.

Como elemento del ejercicio habitual . Es indispensable detenernos un poco en el análisis del concepto "Actos de Comercio".

El código Francés 1807, adoptó un criterio objetivo por que se hizo un estatuto del comercio y no un código de comerciantes. Abandonó el sujeto del derecho que es el comerciante; tomando en cuenta la naturaleza de los actos realizados. Y la misma calidad de comerciante se estructuró sobre lo base del acto de comercio, pues lo definió como la persona que realiza de modo habitual actos legalmente calificados de mercantiles.

Esta concepción en cierto modo facilita la identificación del

(40)

comerciante porque sabiendo cuáles actos son de comercio, todo individuo que lo ejecute en forma profesional se reputa comerciante. Sin embargo, existe la dificultad insuperable de definir con precisión el acto de comercio incertidumbre para limitar la frontera entre el acto del comercio y el acto civil y, encontrar la diferencia entre el Derecho Mercantil y el Civil.

La doctrina no ha logrado formular una noción unitaria del acto de comercio y no existe ningún código de comercio que adopte la concepción objetiva pura, ni la subjetiva pura. Todos adoptan sistemas mixtos con mayor o menor intensidad en una u otra tendencia.

El código de comercio Colombiano también adoptó el sistema mixto con inclinación predominante objetiva al igual, que Italia y España. Basaron su derecho mercantil en torno al que ellos llamaron "Actos de Comercio". Pareció entonces posible alcanzar el concepto de Actos de Comercio. Así lo intentó en Italia, ALFREDO ROCCO. Pero su esfuerzo no fue muy exitoso, debido a la falta de unanimidad en el concepto del acto del comercio en sentido legal, ni se sabe que criterio se usó el legislador para incluir ciertas operaciones en el grupo de los actos del comercio y para excluir otros. A veces se basan en aspectos históricos, otras la razón está en el mimetismo hacia leyes extranjeras o no existe razón alguna.

Los juristas aún no han conseguido averiguar cuál es el concepto del "Acto de Comercio" en el sentido legal, en el sentido del acto que pertenece al comercio.

(47)

El motivo es que no puede haber actos aislados de comercio por que el comercio es repetición y continuidad, es profesión de vida, es organización, es lo contrario del acto aislado. Actos aislados y actos de comercio, son pues términos contradictorios.

De lo anterior se deduce, que se debe examinar la calidad del comerciante desde el aspecto de actividad profesional, generadora de utilidad económica de donde se desprende un nuevo elemento para precisar la calidad de comerciante, - esto es: LA INTENCION O ANIMO LUCRANDI en los actos jurídicos que él realiza profesionalmente.

LUCRO O ANIMO DE LUCRARSE

No'

Es la intención de obtener un provecho económico, una utilidad material susceptible de valorarse. El simple beneficio moral o inmaterial, inapreciable en dinero, no implica lucro. El comerciante compra y vende con el fin de lograr una ganancia como intermediario.

El lucro o ganancia es la diferencia entre el costo del bien y el valor de enajenación y no es necesario que siempre se obtenga, sino que baste el único o propósito de lucrarse. Como se ha visto, el acto de comercio es un elemento bastante gelatinoso para determinar quienes ostentan la calidad de comerciante. Debido a la disparidad de criterios de los autores que se han dedicado a ese estudio.

Se hace necesario buscar otros elementos que permitan precisar la calidad de comerciante. Pero según lo que hemos visto, se requiere del ejercicio profesional de actos jurídicos

(40)

cos que la ley denomina mercantiles y el referido animus - lucrandi, de donde resulta el concepto de "Comerciante".

CLASIFICACION DE LOS COMERCIANTES

Para mayor comprensión se ha dividido al comerciante en dos grupos:

- A. Comerciante individual y,
- B. El comerciante colectivo con personería jurídica propia.

Al primer grupo pertenecen las personas naturales capaces - legalmente y al segundo, las personas morales, las cuales a su vez se subdividen en dos clases: de Derecho Privado y de Derecho Público. A la primera subdivisión corresponden las sociedades comerciales: Comandita, Colectiva, Limitada y Anónima; a la segunda, las Sociedades de economía mixta y las Sociedades Comerciales e Industriales del Estado.

EL COMERCIANTE INDIVIDUAL

El comerciante individual es la persona natural que directa o a través de apoderado, intermediario o interpuestas personas se ocupa profesionalmente en actividades que la ley considera mercantiles.

En nuestra doctrina existen dos criterios para identificar al comerciante: el criterio formal, que consiste en indagar si la persona ha cumplido las formalidades extrínsecas: la matrícula o inscripción en el registro público de comercio

y el material, cuya calidad de comerciante corresponde a quienes habitualmente, se ocupa en actividades que la ley reputa como mercantiles, aunque no se este matriculado en el registro mercantil.

Dentro de nuestro sistema legal predomina el criterio material. Toda persona natural que se dedique a actividades mercantiles está obligado a presentar su solicitud de matrícula en el registro mercantil dentro del mes siguiente a la fecha en que empezó a ejercerla, o en que abrió el establecimiento de comercio (art. 31 C. de Co.). Pero, la sola inscripción en el registro de comercio no confiere la calidad de comerciante, es solo un medio de probarlo.

El registro o matrícula mercantil tiene como fin dar publicidad a la condición de comerciante.

Pero es un medio de prueba susceptible de contrariarse, ya que se puede demostrar que a pesar de estar matriculado en realidad no ejerce actividades mercantiles o los realice de modo ocasional.

El ejercicio del comercio supone en el sujeto la capacidad jurídica de ejercicio. Esta no es otra cosa que la aptitud jurídica para ser titular de derechos, contratar y obligarse por sí solo en los negocios jurídicos mercantiles. La capacidad para el ejercicio del comercio, es la misma capacidad civil y el estatuto mercantil la adoptó tal, como se consagra en el derecho civil, en cuanto a la capacidad de la persona física para contratar y obligarse.

Las normas consagradas en el Código de Comercio sobre la capacidad legal de las personas, quedarán modificados con la ley 27 de 1977, que en su artículo lo. consagra: "Para

(50)

todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien haya cumplido diez y ocho años". De acuerdo con esta disposición legal, es capaz de ejercer el comercio toda persona que haya cumplido diez y ocho años y no se encuentre inhabilitada para ello.

En este análisis entra un segundo elemento que debe acompañar a la capacidad: La habilidad jurídica.

La regla general, es que toda persona puede contratar y obligarse por sí misma sin la autorización de otra. De forma que las inhabilidades constituyen la excepción, las cuales deben entenderse como: "Las prohibiciones que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos" (inciso final del Art. 1504 del C. C.).

Tienden a la protección del interés general.

El legislador estableció unas prohibiciones para el ejercicio del comercio a personas capaces y, se enumeran así:

- A. El comerciante que haya sido declarado en quiebra y que no se encuentre rehabilitado.
- B. Los empleados y funcionarios de la rama judicial, del ministerio público y los de las entidades fiscalizadoras de las sociedades comerciales.
- C. El funcionario público que tenga relación directa con el control de ejercicio de actividades comerciales.

Por esa razón el Art. 15 del Código de Comercio prescribe:



(51)

"El comerciante que tome posesión de un cargo que inhabilite para el ejercicio del comercio, lo comunicará a la respectiva cámara de comercio, mediante copia del acta o diligencia de posesión o certificado de el funcionario ante quien se cumplió la diligencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la misma. El posesionado acreditará el cumplimiento de esta obligación dentro de los veinte días siguientes a la posesión, ante el funcionario que le hizo el nombramiento, mediante certificado de la Cámara de Comercio, so pena de perder el cargo o empleo respectivo.

D. Las personas a quienes por ley o sentencia judicial se les prohíba el ejercicio del comercio. Entre estas prohibiciones se encuentren las que estipula el art. 16 del C. de Co., que a su tenor dice:

"Siempre que se dicte sentencia condenatoria por delitos contra la propiedad, la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por contrabando, competencia desleal, usurpación de derechos sobre propiedad industrial y giros de cheques sin provisión de fondos o contra cuenta cancelada, se impondrá como pena accesoria la prohibición para ejercer el comercio de dos a diez años".

En el artículo 105 del Código de Comercio se sanciona a los administradores, y asociados de sociedades liquidadas por objeto y causa ilícitas. Inhabilitándolos para el ejercicio del comercio por el término de diez años, contados a partir de la declaratoria de nulidad.

En realidad se trata de incompatibilidades especiales para realizar actividades mercantiles o intervenir en ellas y que el Código Civil denomina "Incapacidades particulares". Desde luego, estas son ciertamente excepcionales y por tanto, de interpretación estricta y aplicación restrictiva. - Por lo demás, han sido instituidas en interés de la noción de orden público.

EL COMERCIANTE COLECTIVO

Pertenece a esta clasificación especialmente, las sociedades comerciales, las de economía mixta y las sociedades industriales y comerciales del Estado.

Las sociedades comerciales se dividen por razón de la responsabilidad de sus socios: en sociedades de personas y sociedades de capital.

En las primera, la responsabilidad del socio es limitada y en la segunda, la responsabilidad queda limitada al valor de sus aportes. En este último evento se encuentran las sociedades Anónimas y las sociedades de Responsabilidad Limitada.

En nuestro ordenamiento se examina el objeto que pretende desarrollar la sociedad: por ejemplo, las sociedades en nombre colectivo, encomandite simple, de responsabilidad limitada, encomandite por acciones y anónimas .

Si el objeto principal de estas compañías es mixto, es decir, comprenden actividades mercantiles y civiles, la sociedad se

(53)

repute comercial para todos los efectos legales (art. 100 C. de Co.). En cambio las sociedades anónimas, encomanditas por acciones y las de responsabilidad limitada que se formen para realizar actividades exclusivamente civiles, se rigen por las normas de compañías comerciales en su constitución, en su funcionamiento interno y en la etapa de extinción, pero no son empresarios mercantiles ni están obligados a cumplir los deberes especiales consagrados en el artículo 19 del Código de Comercio. En su vida de relación con terceros y frente al Estado son sociedades de naturaleza civil aunque por vacíos de la ley civil se rigen por las normas de la ley mercantil.

En lo que respecta a las sociedades Comerciales e Industriales del Estado y, las sociedades de Economía Mixta son definidas en el Decreto 1050 de 1968, artículo 6o. que a su tenor dice:

"Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley y reúnen las siguientes características:

- A) Personería jurídica;
- B) Autonomía administrativa; y
- C) Capital independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA - Según el artículo 8o. del De

(54)

creta ley 1050 de 1928. "Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por los Gobiernos, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagran la ley".

A su vez, el código de comercio dedica el Título VII del libro segundo a las normas sobre sociedades de Economía Mixta. El código no trae normas sobre las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, fenómeno jurídico muy próximo al de las sociedades de Economía Mixta. No obstante que el artículo 464, establece que cuando los aportes estatales sean del 50% o más del capital, las sociedades de Economía Mixta se someterán a las disposiciones previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Según criterio de la doctrina Francesa, los comerciantes se dividen en dos grupos: a) los comerciantes privados, a quienes se aplican en su totalidad las leyes mercantiles; b) los comerciantes públicos, como las empresas industriales y comerciales del Estado, que, por estar regidas en parte por el derecho público y en parte por el derecho privado, no toleran, sin beneficio de inventario, la totalidad de las instituciones mercantiles privatísticas; vale decir, que muchas de las reglas del derecho mercantil les son aplicable respecto a las operaciones comerciales que celebren o ejecuten (contratos comerciales, títulos-valores, propiedad industrial, etc.), pero sólo hasta el límite en que el derecho público ordena o reglamentar imperativamente la organización

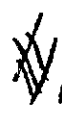
empresarial.

Así pues, la empresa del Estado cuya actividad sea comercial o industrial implica una categoría en el deracho administrativo: La de la persona pública comerciante; más concretamente, la de comerciante público.

Pero la comercialidad a que nos hemos venido refiriendo queda influida notoria y sustancialmente por el carácter Estatal de la empresa comercial o industrial y por las finalidades propia de cada organismo. Todo ello determina una seria intervención del derecho público que, como es obvio, entra a modificar el status del comerciante clásico.

En fin, las empresas del Estado cuya actividades sean comerciales o industriales, pueden adquirir la calidad de comerciantes, sin perjuicio de que la calidad legal de éstos no les sea aplicables. Así por ejemplo, a las empresas del Estado no les es aplicable lo atinente a la quiebra, pues esta no condice con la índole de aquéllas; tampoco pueden ser obligados a someterse a todas las obligaciones impuestas a los comerciantes.

Pero para los efectos de este estudio, las sociedades industriales y comerciales del Estado y, las de economía mixta - son igualmente sujetos pasivos de los procedimientos concursales, tal como lo señala la preceptiva legal del Art. 1933 del C. de Co. *o*



APLICABILIDAD DE LOS PROCESOS CONCURSALES.

No todos los comerciantes pueden ser sujeto pasivo de todos

los procesos concursales, ni todos los procesos concursales son aplicable a todos los comerciantes. A continuación procederemos a establecer el sujeto pasivo de cada procedimiento concursal.

PROCESO DE QUIEBRA

El proceso de quiebra es aplicable a todos los comerciantes, salvo a los establecimientos de crédito, cualquiera que sea su denominación; a sociedades de seguros, a las sociedades administrativas de inversión y, a las sociedades de capitalización y ahorro.

Tampoco es aplicable a las sociedades de economía mixta, ni a las sociedades industriales y comerciales del Estado.

CONCORDATO PREVENTIVO POTESTATIVO

Pueden solicitarlo, todo comerciante que no esté legalmente sujeto a la liquidación administrativa forzosa, ni el concordato preventivo obligatorio.

CONCORDATO OBLIGATORIO

Esta institución procesal está consagrada para ciertos comerciantes, a los cuales les obliga, como su nombre lo indica, antes de llegar a una declaratoria de quiebra o de la liquidación administrativa. Pueden solicitar el concordato preventivo obligatorio las sociedades que están vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, pero, siempre y cuando son

nan uno cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que tenga un pasivo externo de \$ 5.000.000.000 ó más.
- b) Que tengan 100 trabajadores o más, vinculados por contrato de trabajo permanente. Si agotado el concordato obligatorio, éste no se celebra, o no se cumple, o no es homologado por el juez, se declarará la quiebra de estas sociedades. Igualmente, el concordato preventivo obligatorio es aplicable a las sociedades de economía mixta y, a las sociedades industriales y comerciales del Estado. En estos casos si el concordato no es homologado, o no celebrado, o no es cumplido, se procederá a la liquidación forzosa.

CONCORDATO RESOLUTORIO

Este procedimiento sólo puede ser solicitado por el comerciante que haya sido declarado en quiebra.

LIQUIDACION ADMINISTRATIVA FORZOSA

Es aplicable directamente a los establecimientos de crédito, bancos, caja de ahorro, corporaciones, compañías de seguros y sociedades administrativas de inversión.

Las sociedades de economía mixta y, las sociedades industriales y comerciales del Estado entran en este procedimiento, - una vez hayan agotado los límites del concordato preventivo obligatorio y, siempre y cuando éste no haya sido celebrado, o se haya incumplido.

SUJETO ACTIVO

Por sujeto activo de los procedimientos debe entenderse la persona que tiene la legitimidad procesal para solicitar la apertura del concurso.

En la relación crediticia, encontramos en el extremo opuesto, el "acreedor", quien puede exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación contraída. No obstante, en los procedimientos concursales existiendo un interés público que precaver; el Estado, por medio de uno de sus ramos, puede actuar para instaurar el procedimiento concursal. observamos entonces, que los sujetos activos de los procedimientos concursales son; de una parte, los acreedores de el comerciante deudor y de la otra, el juez competente para conocer de estos procesos.

A su vez el código de comercio distingue dos clases de acreedores; el de obligaciones civiles y, el de obligaciones comerciales. Es una distinción de mucha importancia por cuanto, los segundos pueden pedir la declaratoria de quiebra, teniendo obligaciones a su favor vencidas o no siempre que demuestre el estado "Cesación de pagos" del deudor.

En cambio el acreedor de obligaciones civiles sólo puede demandar la quiebra cuando sus obligaciones están vencidas.

Al respecto la norma del artículo 1840 del código de comercio dice;

"La declaratoria de quiebra puede pedirse:

- 1o. Por el acreedor de una o más obligaciones mercantiles, exigibles o no, que compruebe la cesación de pagos res-

pecto de dos o más obligaciones mercantiles, y

20. Por el acreedor de una o más obligaciones civiles exigibles, que acredite la cesación en el pago de dos o más obligaciones comerciales".

Tratándose de concordatos, el acreedor queda limitado en su actuación. Según corresponde a uno de las categoría de concordato; en el concordato preventivo potestativo, el acreedor del comerciante no puede constituirse en actor para solicitar la apertura del concordato. Al acreedor sólo se le permitirá esa actuación para solicitar la admisión del concordato preventivo obligatorio y, en el caso de concordato Resolutorio sólo es admisible la solicitud, si se hace en forma colectiva que represente por lo menos el 50% de los créditos reconocidos en el proceso de quiebra.

En relación con lo anterior el artículo 1988 de nuestro estatuto mercantil dispone lo siguiente:

"Vencido el término que tienen los acreedores para hacer parte en el proceso, el Síndico, el quebrado o cualquier número de acreedores que representen el 50% 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 debora convocar a dichas reuniones cuantas veces se le solicite; los miembros de la junta asesora podran concurrir a ellas.

La convocatoria se hara con no menos de cinco días de anticipación y la respectiva providencia se notificará por este

(60)

do^o,

Como anteriormente lo afirmamos, el juez en casos determinados puede convertirse en sujeto activo sin necesidad de solicitud expresa.

Nuestro código de comercio ha dispuesto que el juez competente puede declarar la quiebra del comerciante en los siguientes casos:

- 1. Cuando rechace la solicitud del Concordato Preventivo Potestativo por no llenarse la solicitud o los requisitos del artículo 1012 del Código de Comercio.
- 2. Cuando no homologue el Concordato Preventivo Potestativo o el Obligatorio.
- 3. Cuando se presente oferta de cesión de bienes por parte de un comerciante.

Nuestra legislación o difiere de otras tales como, la Italiana y Mexicana. El Ministerio Público sólo tiene actuación dentro del proceso penal de la quiebra; no obstante, y no entendiéndose su figuración en el proceso comercial de quiebra, aparece el agente del ministerio público facultado para pedir la remoción del Síndico de la quiebra.

Así lo consagra el artículo 1060 del Código de Comercio, cuyo tenor es el que sigue:

*En caso del Síndico incumpla sus deberes, el juez, de oficio o a solicitud del quebrado, de lo junto, de cualquier -

acreedor o del Ministerio público, podrá decretar la remoción de dicho auxiliar, de plano o previo los trámites de un incidente, según las circunstancias".

De la anterior disposición, se deduce la actuación del Ministerio público en el proceso de quiebro. Sólo queda reducido a solicitar la remoción del síndico, situación esta que debe ser modificada para darle una mayor participación en todo el desarrollo del proceso. *A*

A.

PRÉSUPUESTO OBJETIVO

cop 4 to II

La concursalidad tiene como presupuesto objetivo la "Cesación de pagos".

No se puede intentar la apertura de un procedimiento concursal, sin la concurrencia de la "Cesación de pagos" por parte del sujeto pasivo del procedimiento concursal.

El concepto de "Cesación de pagos", presupuesto de la concursalidad es uno de los más controvertido en el Derecho Mercantil.

La indagación dirigida a precisar el contenido y alcance jurídico de la noción de "Cesación de pagos"; ha creado una disparidad de criterios entre las legislaciones, las doctrina y la jurisprudencia.

A continuación, trataremos los aspectos sobresalientes de este polémico tema.

CESACION DE PAGOS Si

Sin una noción jurídica clara y precisa del concepto de "Cesación de pagos" es difícil comprender la naturaleza y finalidad de los procedimientos concursales.

De otra parte, la definición del concepto "Cesación de pagos" determina una cuestión práctica, pues, la "Cesación de pagos" es la situación de hecho que revela la quiebra económica, la cual necesariamente conduce a la declaración judicial o quiebra de derecho; además, permite determinar con exactitud el llamado "período de sospecha".

El análisis jurídico del concepto Cesación de pagos implica una investigación del presupuesto básico, fundamental del derecho concursal.

Su estudio es muy complejo debido a la oposición reinante entre los doctrinantes, las jurisprudencias y, las legislaciones del mundo .

El concepto de "Cesación de pagos" como presupuesto para la declaratoria de quiebra, aparece en las legislaciones por primera vez; en el código Francés de 1807, en la que se equipara a la de "Incumplimiento".

Esta interpretación rígida e incompatible con la naturaleza de la institución, hizo reaccionar a la Corte de Cesación Francesa, la que evoluciono en sus decisiones hasta establecer que por "Cesación de pagos" no se designaba el hecho aislado de la detención de los pagos sino en cuanto representaba un trasfondo patrimonial de revisiones muy particulares, consistentes en la ruina financiera e irremediable del

deudor.

El Código Italiano de 1822 en su artículo 633, contenía el principio que el "Comerciante que cese de efectuar sus pagos por obligaciones comerciales incurre en estado de quiebra".

La doctrina Italiana igualmente, reaccionó contra la expresión "Cesación de pagos" del código Italiano; entre ellos Humberto Nevarrini y Bonelli. Quien fue el vocero más importante de la corriente de opinión, que estableció la tesis de que la "Cesación de pagos" no es otra cosa que la "Insolvencia" "el estado de hecho" del patrimonio de una persona, por el cual ésta se revela impotente para afrontar las deudas que lo gravan.

Como consecuencia de la reacción doctrinal Italiana, en 1942, se expidió el Decreto No. 16 de Marzo, el cual eliminó el concepto de "Cesación de pagos" como presupuesto de la quiebra judicial para incorporar el concepto de "Insolvencia".

Dispone el artículo 5o. del mencionado decreto:

"Será declarado fallido el empresario que se encuentre en estado de insolvencia

El estado de insolvencia se manifiesta por incumplimiento u otros hechos exteriores que demuestren que el deudor ya no está en condiciones de satisfacer regularmente sus obligaciones".

Salvo el caso de la legislación Italiana y la Paraguaya, las demás legislaciones consagran el presupuesto de "Cesación de pagos" como presupuesto para proceder a la declara-

torie de quiebra.

El Código Español, de 1885, considera en estado de quiebra al comerciante que sobrees el pago corriente de sus obligaciones. La doctrina y la jurisprudencia identifican los términos jurídicos de sobressimiento y "Cesación de pagos" distinguiéndoles de la insolvencia, a la cual definen como un estado de impotencia económica que obra como causa de la cesación de pagos. Código que se encuentra en vía de revisión. En el antoproyecto de la ley de concurso, se unifican los ordenamientos concursales, extendiéndolos a comerciantes y no comerciantes.

En Francia, el Código de 1807 consagró la cesación de pagos como fundamento y presupuesto de la declaratoria de quiebra. La reforma del año 1935 sostuvo dicho presupuesto. Luego el derecho de quiebra fue profundamente reformado por los Decretos del 20 de Mayo de 1955, con la ley 13 de Julio de 1967, complementada en las Ordenanzas de 23 de Septiembre del mismo año. Y se continúa con el presupuesto de "Cesación de pagos".

El artículo 1o. de la Ley 67-563 de Julio de 1967, preceptúa:

"Cualquier comerciante o cualquier persona moral de derecho privado, aunque no sea comerciante que cese en sus pagos debe; dentro de los 15 días declarando con vista a la apertura de un procedimiento con arreglo judicial o de liquidación de bienes".

Ya vimos como consagran las legislaciones Italiana y Francesa la Cesación de pagos. Ahora, pasemos al aspecto del concepto de "Cesación de pagos".

Respecto del concepto de "Cesación de pagos", algunos autores sostienen; que el legislador difícilmente podía definir la "Cesación de pagos", por tratarse de una cuestión de hecho dejada a la apreciación de los tribunales sobre la prueba de indicios aportados por los acreedores, a quienes correspondo establecerla.

No es dable sin embargo, que la noción de cesación de pagos no pueda confundirse con la de Insolvencia. El insolvente es el deudor que no paga porque su pasivo supera su activo, mientras que el comerciante en estado de cesación de pagos puede ser solvente; la liquidación de sus bienes puede bastar, a veces, para cancelar a todos sus acreedores.

Se establece una diferencia entre esos dos conceptos, que en la mayoría de las legislaciones se confunden en uno. Por lo tanto, la insolvencia no crea la cesación de pagos sino la pérdida del crédito, y el crédito no se pierde porque se debe mucho sino porque no se paga a los acreedores que reclaman sus deudas.

La legislación Francesa actual así como sus tratadistas equiparan el concepto "Cesación de pagos" al de "Incumplimiento". Posición controvertida y atacada por la mayoría de los autores del derecho comercial.

Una legislación que ha avanzado en cuanto al tema de "Cese-

ción de pagos", ha sido la Argentina. Este tema es motivo de investigación de los comercialistas, los cuales han logrado implantar una de las leyes más modernas en cuanto al derecho concursal se refiere.

La "Cosación de pagos" como causa de la declaratoria de quiebra se consagró en el primer código de comercio Argentino de 1882. En las reformas posteriores de 1902 y 1933, se continuó con el mismo presupuesto de "Cosación de pagos". Finalmente, la reforma de 1972 con la actual ley de concurso No. 18.551, se reafirmó la posición doctrinaria jurisprudencial en la "Interpretación de la cosación de pagos como el estado de un patrimonio impotente que se manifiesta incapaz para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles".

Autores tales como, SANTIAGO FASSI, FRANCISCO QUINTANA, FERREIRA, HECTOR ALEGRIA, HORACIO P. FARGOSI y BERTELIO FUSARO, trataron sobre ese controvertido asunto y al respecto, el primero de los mencionados tratadistas dice: "No hay que confundir la Cosación de pagos con el mero incumplimiento del que no pague por circunstancias ajenas a su impotencia patrimonial; ni con la carencia del activo, pues es un activo que no es líquido o liquidable, aunque fuere considerablemente superior al pasivo, no permitiría solventar las deudas a medida que van siendo exigibles". En la exposición de motivos del proyecto de ley de concurso Argentino, elaborado por los doctores Francisco Quintana Ferreiro, Hector Alegria y Horacio P. Fargosi a quienes aludimos anteriormente. Explican sus puntos acer-

ca del tema "Cesación de pagos".

Consideraron que la "Cesación de pagos" constituye un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos, que se deducen de algunos de los Arts. contenidos en el Código de Comercio Argentino; la comisión prefirió - mantener la fórmula "Cesación de pagos" por su tradición - en el derecho Argentino y en sus fuentes, estimando que un cambio por otro giro, también discutible en cuanto a su - precisión, aparejaría nuevos problemas interpretativos, - que se han querido superar.

También hacen claridad entre el concepto "Cesación de pa - gos" y, el "Estado de cesación de pagos"; explicando que - la Cesación de pagos implica la apertura del concurso por el sólo incumplimiento de una obligación e su vencimiento. En cambio, el decir "El estado de cesación de pagos", in - volucra un campo más amplio que el simple incumplimiento; el de la "insolvencia". El vocablo "insolvencia" tiene su - raíz en "solvere", verbo de la lengua Latina que significa entre otras cosas "pagar - solucionar - cumplir". En con - secuencia, el "no pagar o incumplimiento", llevaría el prefijo "in", y con "insolvencia" significa "falta de pagos" - falta de cumplimiento".

En este caso, incumplimiento no es sinónimo de "insolvencia", pero muchas veces la "insolvencia" se manifiesta por el in - cumplimiento. No siempre que se incumple habrá insolvencia. Por eso la ley especifica "Estado de" y no lo identifica - con incumplimiento, sino como una situación de importancia patrimonial que no permite cumplir con las obligaciones con - traídas.

Por otra parte la ley Mexicana vigente, expedida el 31 de diciembre de 1942, regula íntegramente el instituto de la quiebra, la declaratoria de la quiebra procede cuando el comerciante está en cesación de pagos. Conceptúa el profesor JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ; "El segundo elemento de los elementos que integran el concepto de quiebra, es el de cesación de pagos, que descansa sobre el de insolvencia".

Y define la insolvencia así:

"El concepto de insolvencia es un concepto económico totalmente distinto de los incumplimientos y desequilibrio aritmético del balance. El incumplimiento, como hecho jurídico, puede atribuirse a causas totalmente ajenas a la imposibilidad de cumplir por carencia de los medios necesarios para ello. El cumplimiento y el incumplimiento son hechos jurídicos; la insolvencia es una situación económica, estado de hecho, que da paso a un estado jurídico".

Por su parte, el profesor RAUL CERVANTES A., al abordar el tema de "Cesación de pagos" en la legislación Mexicana, se ha expresado de la siguiente manera:

Significa que el segundo presupuesto de fondo de la quiebra es el estado de insolvencia de la empresa fallida.

No se trate de incumplimiento liso y llano, sino de un estado general de impotencia patrimonial que impide a la empresa solventar por medios ordinarios sus obligaciones líquidas y vencidas.

Luego asegura que por el hecho de establecer los códigos Civiles Mexicanos, un concepto aritmético de insolvencia, consistente en una diferencia entre activo y pasivo, en que

el pasivo resulta un 25% mayor que el activo, la Ley de quiebra no ha usado el término "Insolvencia", sino el de "Cesación de pagos".

Y para concluir, los términos de insolvencia y cesación de pagos se consideran sinónimos; ambos significan, el estado general de impotencia patrimonial.

En el Ecuador, cuyo código de comercio fue expedido el 6 de abril de 1960, en su libro Cuarto consagra el estado de "Cesación de pagos", el cual procede mediante declaratoria judicial siempre y cuando el deudor comerciante posea bienes suficientemente para cubrir la totalidad de sus deudas. Con la declaratoria judicial de "Cesación de pagos" se concede al deudor una moratoria para que cancele sus deudas, la cual no puede exceder de dos años. Si los acreedores no aceptan dicha moratoria y se oponen a la declaración del "Estado de Cesación de pagos", el juez declarará al comerciante en estado de quiebra. *H. Sui*

TEORIAS NO

De la gran gama de opiniones y, legislaciones previamente enunciadas han determinado la clasificación de unas teorías acerca de la interpretación de la fórmula "Cesación de pagos".

Básicamente se han elaborado cinco teorías a saber:

- 1. Teoría Materialista.

- 2. Teorías Intermedias.
- 3. Teorías Amplia.
- 4. Teoría de la Insolvencia.
- 5. Teoría de la Cesación General.

TEORIA MATERIALISTA

Originada en la rígida interpretación del código Francés de 1807, entre sus principales exponentes encontramos a: RIPET, GUYENOT, BOLAFIO, en Italia y GARCÍAS MARTINEZ en Argentina. En nuestro derecho, la mayoría de los autores identifican - Cesación de pagos con incumplimiento.

El doctor HORACIO MONTOYA GIL sostiene dicha posición, fundamentándose para ello en la tradición Francesa del concepto.

La totalidad de las legislaciones Sudamericanas con excepción de Argentina y Paraguay se acogen a la teoría Materialista, debido a la gran influencia que ha ejercido entre nosotros el Código Francés de 1807, el que fue acogido por todas las legislaciones Latinoamericanas.

Los seguidores de esta teoría, expresan que por "Cesación de pagos" se debe entender toda detención de tesorería, todo incumplimiento de las obligaciones del comerciante.

Cesar significa plenamente parar, suspender. El acreedor no puede permanecer indiferente ante el hecho de que el deudor no le pague cumplidamente, su conducta omisiva le alerta de

(71)

que su patrimonio se encuentra atravesando un estado crítico, el cual requiere de un remedio rápido, eficaz, como es la declaratoria de quiebra.

Los teorizantes Materialistas han identificado el concepto "Cesación de pagos" con el de "Incumplimiento, de donde resulta: quien incumple el pago de obligaciones está en Cesación de pagos. Esta es la manifestación externa de su situación financiera, es el único hecho revelador notorio, - que impota, para que la vida del comercio se desarrolle normalmente, sin sobresaltos.

Es vital para la vida del comercio, el crédito; si este se lesiona con incumplimiento, se produce un resquebramiento del sistema, lo cual impone la drasticidad de la ley para el comerciante que incumple, no importa los motivos que tenga, no importa el valor de las obligaciones incumplidas, ni interesa el estado del patrimonio. Si el comerciante incumple esta demostrando que cesa en sus pagos.

No examina la teoría Materialista, la conducta del comerciante para no pagar. No le interesa que el deudor tenga causa justa para detener los pagos. Tampoco examina la situación patrimonial del comerciante deudor, porque no es dable a los acreedores hacer un análisis de las posibilidades que tenía el deudor de que su patrimonio se restablezca a fin de poder continuar atendiendo el pago de sus obligaciones vencidas .

Finalmente, los defensores de esta teoría arguyen: a los -

46963

(72)

acreedores y terceros les basta el hecho exterior del incumplimiento, por cuanto a ellos les está vedado hacer un análisis de los libros del comerciante, que le permita detectar la verdadera situación patrimonial del deudor.

Y los opositores de esta teoría han expuestos sus argumentos en contra de ella, resumidas en las siguientes razones:

A. La consideración del concepto "Cesación de pagos" puede traer como consecuencia la declaratoria injusta de quiebra, que afectan finalmente a la empresa, que merece la protección del Estado, por las repercusiones que la liquidación de las mismas trae para el orden económico y social.

Con esta aplicación se puede llegar a los extremos de declarar la quiebra de comerciantes que pasen por una situación de iliquidez, pero quienes tienen un patrimonio que puede salir avante para responder por el cumplimiento de todas las obligaciones.

B. Desconoce la naturaleza y el origen histórico del instituto de quiebra, en razón de que éste se ha constituido para proceder a la liquidación total del patrimonio del fallido como una ejecución universal, en beneficio de todos los acreedores. Cuando se trata de incumplimientos, la ley ha previsto mecanismos diferentes, como el ejecutivo singular que puede adelantarse contra la persona del deudor.

(73)

C. Desconoce el fundamento jurídico del procedimiento ejecutivo universal, que no es decretar la liquidación de un patrimonio por la sola circunstancia de que se falte el pago de una sola obligación; hecho éste, en el cual puede incurrir una persona, por más que disponga de todos los medios suficientes para atender a sus pagos; si no liquidar un patrimonio que se presente impotente para cancelar las obligaciones que sobre él pesan.

Se ha dicho que la "Cesación de pagos" no puede ser un incumplimiento ni una cadena de incumplimientos, por cuanto estos son hechos jurídicos, mientras que la "Cesación de pagos" descansa sobre el estado patrimonial de una persona.

D. Tampoco consulta, la realidad de las economías actuales, pues debido a los fenómenos de inflación y devaluación monetarias, los empresarios se ven muchas veces limitados por falta de recursos económicos para cumplir en forma regular y normal el pago de sus obligaciones. Es común en nuestro medio económico, que los comerciantes paguen después de haber ocurrido el vencimiento de sus obligaciones. Encontrándose casi la totalidad de los comerciantes en atraso de dos o más obligaciones, lo cual es tolerable dentro de la vida del comercio, pero si aplicáramos en todo su rigor la teoría Materialista, se llegaría a la situación de pedir el quiebra de la casi totalidad de los empresarios nacionales.

La teoría Materialista ha sido rechazada abiertamente, por

(74)

cuanto no se corresponde con la realidad jurídica, ni económica, ni sociales de los comerciantes, ni del medio en que lo corresponde desenvolverse. Mucho más en el derecho mercantil que es el resultado y reflejo de una situación real, de un momento dado. Para así, poder ser un verdadero ordenador de la vida social.

Al aplicar esta teoría no se hace otra cosa que imponer rígidas sanciones al comerciante, como es la declaratoria de quiebra, va a atentar contra su estabilidad económica y contra la economía nacional, a quien le interesa mantener vigente esa actividad para beneficio de la comunidad.

Ahora bien, puede existir comerciantes que se encuentren cumpliendo estrictamente con sus obligaciones, pero este cumplimiento lo hace a costo de deteriorar su patrimonio, como puede ser los excesivos endeudamientos, la venta de mercancías a bajos costos, etc., al cual puede llegar a sucumbir finalmente y, generar una situación peor para los acreedores, cuando por derecho propio tiene como prenda común, el patrimonio de su deudor. En estas circunstancias, pretender que el incumplimiento equivale o es fenómeno de "Cesación de pagos", es limitarse al análisis de signos externos, sin llegar a detectar y valorar la posibilidades de que los activos de un comerciante sean suficientes para atender sus obligaciones. Puede suceder, también, que el no pago de una obligación se deba a causas fortuitas o a simples olvidos del deudor, lo que la teoría materialista no toma en cuenta.

Lo que quiere el legislador al institucionalizar la quiebra, como proceso de ejecución universal, es que se llegue a ella solo en el caso en que el patrimonio se exprese impotente para proseguir con la actividad comercial y para responder cumplidamente a las obligaciones que haya adquirido. No puede la quiebra constituirse como una sanción o castigo para el comerciante que sufre las consecuencias de un caso fortuito, o por olvido posiblemente involuntario. Y puede darse el caso que existan incumplimientos sin insolvencia, o puede darse la insolvencia con unos cumplimientos exactos; por esto la "Cesación de pagos" pierde su importancia como presupuesto fundamental de los procedimientos concursales, cuando se pretende considerarla como una interrupción efectiva de los pagos.

Como reacción a la rígida teoría Materialista se han elaborado las teorías ; Amplia, Intermedia, de la Insolvencia y de la Cesación General.

TEORIA INTERMEDIA A/O

Son seguidores de esta teoría, los siguientes autores; el profesor BONNECASE, CALAMANDREI, PAVODI, ROCCO, VIVANTEY OTROS.

Los sostenedores de esta teoría explican la "Cesación de pagos" como el estado patrimonial de impotencia para atender el pago de las obligaciones, el que se revela por los incumplimientos. De ese enunciado resulta que la "Cesación de pagos" no es equivalente al incumplimiento, sino un es-

tado del patrimonio que se revela por incumplimiento efectivo.

Su diferencia con la teoría materialista radica en que ésta teoría considere todo incumplimiento como una "cesación de pagos", en tanto que en la teoría intermedia, la "cesación de pagos" es un estado económico de imposibilidad de pagar, el cual se revela necesariamente en los reiterados y efectivos incumplimientos; de donde se deduce que el hecho revelador más importante de esa imposibilidad patrimonial, lo constituye el incumplimiento. Pero éste no constituye el único hecho, es necesario entrar a la apreciación del juzgador para precisar si éste corresponde a una efectiva incapacidad patrimonial. Por ello, es preciso que los incumplimientos efectivos denoten o reflejen el malestar económico, con las características de permanencia y generalidad. Un solo incumplimiento puede ser suficiente para demostrar externamente la crisis patrimonial del comerciante y por consiguiente proceder a la declaratoria de quiebra, o también puede examinarse el incumplimiento como un simple reflejo de una crisis transitoria de tesorería, o por causas imprevistas del deudor que puede entrar a subsanar.

La teoría intermedia se fundamenta en los siguientes hechos:

- A. Lo que importa al comerciante es el cumplimiento de las obligaciones. En tanto el comerciante cumpla, no tiene porque declararse en estado de quiebra.

(77)

- B. Como no es dable a los acreedores averiguar la real situación económica del deudor, para constatar que se encuentra en "Cesación de pagos", hay que atender el hecho exterior de tal estado, como son los incumplimientos efectivos.
- C. Los incumplimientos pueden proceder de circunstancias fortuitas que no revelan, necesariamente, un estado de "Cesación de pagos". Por consiguiente, corresponde al juez examinar en cada caso, si el deudor se encuentra en "Cesación de pagos".

A esta teoría se le objeta por las siguientes razones:

- A. Que no solo el incumplimiento del deudor revela su estado de "Cesación de pagos". Pues tratándose de un estado del patrimonio que se presenta impotente para atender el pago de las obligaciones, las manifestaciones externas de la "Cesación de pagos" pueden darse de manera distintas al incumplimiento, tales como el ocultamiento, la confesión del deudor o el cierre intempestivo de establecimiento de comercio. Como la teoría se ha identificado sobre el fundamento que lo importante es proteger el crédito, necesariamente se apoya en la expresión exterior de que sólo los incumplimientos dan la información de las dificultades económicas en que se encuentre el deudor.
- B. En la práctica comercial, los incumplimientos no revelan

(78)

neccsariamente el estado crítico financiero del comerciante. En muchas ocasiones los incumplimientos son causados por situaciones independientes del estado de un patrimonio. Las detenciones momentáneas de los servicios de caja pueden presentarse por hechos distintos a la insolvencia misma.

- C. Si se considera que sólo los incumplimientos son la expresión que revela la "Cesación de pagos", esto puede causar resultados perjudiciales para el comerciante y para los mismos acreedores. El juez al determinar la fecha de "Cesación de pagos", que dará lugar a determinar el período de sospecha, lo hará partiendo de la fecha del primer incumplimiento con lo cual, el período de sospecha se reduce a un tiempo muy corto y por consiguiente, las acciones de revocación y simulación se extenderán a períodos brevísimos, en consecuencia las acciones reintegradoras se harán nugatorias en perjuicio de la masa de la quiebra.

TEORIA AMPLIA NO'

La teoría amplia, como su nombre lo indica, extiende el concepto "Cesación de pagos" a una multitud de hechos reveladores, que indican el estado de un patrimonio impotente para atender el pago de las obligaciones. La "Cesación de pagos" para esta teoría, no es un hecho, es un estado y, los incumplimientos son hechos reveladores, importantes sí, pero no

(79)

Únicos.

Esta teoría concreta la "Cesación de pagos" como el estado de un patrimonio que se encuentra incapacitado para atender los compromisos que lo gravan. La manifestación del estado crítico patrimonial se pone al descubierto a través de una serie de hechos; uno de los cuales y el más importante, es el incumplimiento. Pero puede existir hechos distintos al incumplimiento como la confesión del deudor, la cual se traduce cuando solicita un concordato, cuando demanda la declaratoria de quiebra; también es manifestación de impotencia patrimonial cuando el comerciante se oculta, se fuga, cierra establecimientos; cuando recurre a actos ruinosos y fraudulentos para atender el pago de sus obligaciones.

Las modernas legislaciones y la doctrina han visto en esta teoría la solución del entendimiento del concepto "Cesación de pagos". La consideran como una teoría científica, porque se tiene en cuenta el fundamento económico - jurídico de la quiebra, permite prevenir la situación de insolvencia cuando el patrimonio del deudor se hace irremediablemente desequilibrado entre sus activos y pasivos y, favorece, extendiendo el período de sospecha a términos no tan exigüos ni tan breves como lo pretende la teoría intermedia.

TEORIA DE LA INSOLVENCIA N.º

La complejidad del concepto Cesación de pagos y, las consecuencias jurídicas y económicas que ha traído su interrup -

(80)

protección literal, ha provocado una reacción doctrinaria y jurisprudencial que busca sustituir el concepto "Cesación de pagos", como fundamento de los procedimientos concursales, por otro más técnico y jurídico, que no presente las discusiones a que ha dado lugar y origen el de la "Cesación de pagos" y que se identifique con la nueva filosofía de protección a la Empresa. El concepto sustitutivo es "Insolvencia".

Los seguidores de la mencionada teoría equiparan el concepto "Cesación de pagos" al de "Insolvencia". La legislación Italiana a partir del año 1942, hizo la sustitución de los conceptos.

Nuestra legislación, al regular los procedimientos concursales para los no comerciantes, preceptúa que para la procedencia del concurso, el deudor debe hallarse en estado de insolvencia.

El artículo 569 del Código de Procedimiento Civil, estatuye: "Se seguirá proceso de concurso de acreedores al deudor no comerciante que se halle en estado de insolvencia. El concurso es espontáneo si lo provoca el mismo deudor mediante cesión de todas sus bienes, y forzoso si lo promueve cualquiera de los acreedores provistos de título ejecutivo".

- La necesidad de acoger el concepto de insolvencia, se manifiesta como un testimonio de la comunidad, la cual siempre se expresa del deudor insolvente, como un deudor en estado de quiebra patrimonial.

El uso y la costumbre constituyen un imperativo para que el

(81)

legislador acoja el concepto que la gente ha venido formulando reiteradamente.

Es indispensable entonces, analizar el concepto de "Insolvencia".

La insolvencia es el estado económico de un deudor que lo imposibilita para satisfacer regularmente el cumplimiento de sus obligaciones.

Expresados en términos financieros, es el desequilibrio que presenta el deudor entre el activo y pasivo, con una excedencia insuperable entre éste y aquel.

La insolvencia examinada de esta manera, es un estado del patrimonio, una situación intrínseca que puede no tener efectos jurídicos, pues una persona insolvente puede mantener oculta su situación. Cuando la insolvencia se revela mediante hechos reiterados, como los incumplimientos, se está en presencia de la "Cesación de pagos", o sea que la identificación del concepto de insolvencia con Cesación de pagos es lo vital de la teoría, pues no todo incumplimiento se debe a un estado de insolvencia, más toda insolvencia se refleja en la detención de los pagos.

La identificación del concepto "Cesación de pagos" e "Insolvencia" es planteada en forma directa, por autores como: CARLOS MALARRIAGA, RAUL CERVANTES AHUMADA, BONFANTE Y GARRONE, JOAQUIN GARRIGUES, IGNACIO ZAPOLANSKI, MANUEL BROSETA PONT, EDGARDO ROTMAN, RAFAEL DE PINA VARASAULARGERI. Autores como BONFANTE Y GARRONE sostienen que:

(82)

La insolvencia se refiere a una situación de hecho, económico y real del patrimonio y no la consecuencia de una actividad personal del deudor.

Ahora, si la insolvencia al decir de la doctrina, es la impotencia del patrimonio del deudor que le imposibilite el cumplimiento de sus obligaciones, cabe preguntarse si esta teoría se identifica con la teoría amplia, la que tiene como base la impotencia del concepto patrimonial.

Los seguidores de la teoría aludida al conceptuar, que la insolvencia es el desequilibrio irrecuperable del activo frente al pasivo. La teoría resulta opuesta a la concepción que de "Cesación de pagos" da la teoría amplia.

No se puede considerar el desequilibrio aritmético de un exceso pasivo frente a los activos. La solvencia del deudor se mide por la posibilidad de hacer frente a sus obligaciones, no importa que su activo sea inferior a su pasivo, y esta solvencia la de la generación de fuentes o recursos que obtiene el comerciante, para cumplir con sus compromisos en el giro normal de sus negocios.

Ahora bien, si la insolvencia se prueba sólo con el examen de los estados financieros de un comerciante, ello permitirá analizar la relación entre activo y pasivo, pero conducirá a errores y a declaraciones injusta de quiebra porque los balances de los comerciantes se expresan en cifras históricas. Los activos, generalmente, se forman por su valor en los libros, sin tener en cuenta el estado de valorización de los bienes producidos por fenómenos, no susceptibles

(83)

de expresar en cifras, como con la inflación y la devaluación de la moneda.

De donde resulta que, la teoría de la insolvencia equiparando a la "Cesación de pagos" y a su vez, el desequilibrio patrimonial entre activos y pasivos, en ningún caso se identifica con la teoría amplia. De donde resulta que la teoría tiene plena identificación es en cuanto al análisis, ya que tanto la "Cesación de pagos" como la "Insolvencia" expresan un mismo estado: "La impotencia del deudor para cumplir sus compromisos".

La impotencia patrimonial del deudor es la razón de ser de los procedimientos concursales, sino mediare esta impotencia no habría lugar a la ejecución universal, la cual se ha instituido como defensa de la insolvencia (no del crédito), y cuyo fin es liquidar un patrimonio endeudado incapaz de reaccionar normalmente para beneficio de la misma Empresa, los acreedores y la economía nacional.

El hecho que exista un desequilibrio aritmético entre activo y pasivo, es de importancia relativa en cuanto a la edificación de la insolvencia, es un elemento de prueba iniciaria que debe complementarse con otros hechos reveladores de la impotencia del patrimonio.

TEORIA DE LA CESACION GENERAL 20'

El concepto de "Cesación de pagos" lo han tomado algunos doc

trinentes en el sentido que sólo puede aplicarse cuando - existe una detención total y general de los servicios de - tesorería, es decir, cuando se produce el incumplimiento en el pago de todas las obligaciones que gravan el patrimonio del comerciante.

Expresan los teorizantes de la Cesación General, que no basta al cumplimiento de una o dos obligaciones, para dar viabilidad al proceso concursal de quiebra, se requiere que el comerciante haya incumplido la totalidad de las obligaciones. Es una reacción contra la teoría materialista, que como ya sabemos, basta el incumplimiento de una sola obligación para que el comerciante se encuentre en "Cesación de pagos", y sea procedente la declaración de quiebra. Analicen el concepto "Cesación de pagos" desde el punto de vista gramatical.

Los pocos seguidores de esta teoría no han tenido en cuenta la situación del patrimonio del comerciante; examinen como "Cesación de pagos", la detención general de los servicios de tesorería del deudor, sin investigar las causas que generen tal hecho.

A esta teoría se le objeto, porque radicaliza el concepto de "Cesación de pagos", extendiéndolo a los incumplimientos generales por lo que, los acreedores se ven imposibilitados para pedir el concurso de quiebra de su deudor, ya que, si está le bastaría demostrar el cumplimiento de una sola obligación para indicar que no está en "Cesación de pagos" y -

(05)

por consiguiente, objetar de improcedente el concurso, puesto que el presupuesto subjetivo desaparecería.

EL CONCEPTO JURIDICO DE CESACION DE PAGOS

No'

LA CESACION DE PAGOS Y LA INSOLVENCIA

Las diversas teorías expuestas acerca del concepto "cesación de pagos", indican la dificultad doctrinaria para aclarar el concepto desde el punto de vista técnico-jurídico.

Como ya hemos observado, la "cesación de pagos" implica un estado de hecho, que sirve de fundamento para crear una situación de derecho, como es la declaratoria de quiebra del deudor. En estas circunstancias, se decarta la tesis sostenida por algunos tratadistas de que la cesación de pagos equivale al estado de quiebra. Es el presupuesto fáctico para proceder judicialmente, ya que, sin la existencia del mismo sería improcedente la apertura del concurso.

Si la cesación de pagos es un estado de hecho. Se debe explicar y entenderse dicho concepto, tomándolo dentro de una concepción filosófica y jurídica y lo identificamos como una manifestación externa de un patrimonio insolvente; doctrinaria y jurídicamente la "cesación de pagos" es la información pública del estado del patrimonio del deudor, quien se encuentra imposibilitado para atender el pago de sus obligaciones que lo gravan.

De esta apreciación surge el concepto de insolvencia como el

(88)

estado jurídico del patrimonio impotente para satisfacer las deudas vencidas y las que estén por vencerse.

Por consiguiente, la "cesación de pagos" es un estado de hecho, que se expresa por el estado jurídico de un patrimonio, el cual se revela impotente para frente a las obligaciones; de ahí que "cesación de pagos" no es otra cosa que la expresión actuante del estado de insolvencia o de quiebra económica, el que se toma indispensable para proceder a la declaración jurídica de quiebra.

Bueno, como el estado de insolvencia es una situación patrimonial compleja, que en la mayoría de los casos es desconocida por los acreedores del deudor, se requiere de hechos externos que revelen ese estado a fin de tomar las decisiones judiciales en beneficio de los acreedores, de la economía y del mismo deudor. Cuando el estado de insolvencia se manifiesta externamente por ciertos hechos significativos, reveladores, estamos en presencia de la "cesación de pagos".

Esos hechos reveladores del estado de insolvencia pueden ser de naturaleza variada y expresarse aislado o conjuntamente. Son hechos de los que no se puede tomar una tarifa única. Ellos constituyen múltiples y variadas formas que se deben examinar en cada caso concreto.

Un solo hecho revelador externo, como los incumplimientos, puede significar el estado de insolvencia, pero ello no quiere decir, que todo incumplimiento signifique o se equipare a "cesación de pagos"; como equivocadamente lo pretende expli-

(07)

car la teoría materialista. En muchas ocasiones, los incumplimientos del deudor no son consecuencia de su incapacidad patrimonial, sino efectos de una situación fortuita ajena, que ninguna causa tiene en su estado patrimonial, o igualmente, el cierre intempestivo de los negocios puede producirse por una situación ajena a su patrimonio.

Ahora bien, dentro de la vida de los negocios del comerciante pueden producirse otros hechos no significativos de su estado de insolvencia patrimonial, tales como: venta por debajo del costo, excesivos endeudamientos, ventas corrasivas de bienes, etc., los que no serían fundamento para considerar al comerciante en estado de "cesación de pagos", pero servirían como llamado de alerta de la aparición de síntomas de su estado patrimonial crítico y que posteriormente dentro del proceso servirían de base al juez, para precisar la fecha de iniciación de su estado de "cesación de pagos", o lo que doctrinariamente se conoce como período de sospecha.

El derecho mercantil ha acogido, salvo raras excepciones como en casos determinados de la quiebra, la insolvencia del deudor.

CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE CEBACION DE PAGOS No'

Ya hemos visto como la "cesación de pagos" es un estado y no un hecho. De esta proposición surgen dos notas características: a) permanencia y b) unidad. Estas cualidades ocurren

(00)

trascendental importancia, por que permite diferenciar un simple incumplimiento momentáneo y transitorio, de un estado de insolvencia que evitaría la declaratoria de concu^{rs}os, que por circunstancias ocasionales o fortuitas no se encuentre en ese estado.

PERMANENCIA 210

La característica de la permanencia indica que el patrimonio del deudor ha llegado al estado de impotencia, que no le permite atender en forma permanente y general las obligaciones presentes y futuras. Cuando la "cesación de pagos" - se revela permanente se está en presencia de la insolvencia o "cesación de pagos", al por el contrario, las determinaciones en los pagos se deben a circunstancias transitorias de tesorería, subsanebles en el tiempo, estas en presencia de un retardo o de una iliquidez transitoria, una falta de circulante necesario en un cierto lapso de tiempo para hacer frente a los compromisos adquiridos.

Estos distingos computan necesariamente diferentes: en relación con el interés del comercio, la "cesación de pagos" como manifestación de insolvencia, es de consecuencias graves que giran en torno a todo el sistema para los acreedores, - la iliquidez les significa momentánea perturbación en los presupuestos de la actividad. En cuanto al deudor, - la iliquidez conlleva la toma de medidas financieras que restituyen la capacidad de generación de pagos; en cambio, la "cesación de pagos" es la incapacidad objetiva general y per

(89)

manente de la Empresa para mantener su equilibrio económico-financiero.

UNIDAD DEL ESTADO DE CESACION DE ^{NO}
PAGOS

El estado de "cesación de pagos" es "único", no existe diferencia entre el período de sospecha y el estado que sirve para declarar la concursalidad. La importancia en determinar cuando comienza el estado de "cesación de pagos", se dice o no la validez de los actos celebrados en ese período para los efectos de las acciones de revocabilidad, anulación o simulación.

El estado de "Cesación de pagos" es único y general, existe o no existe respecto de todos y contra todos; erga omnes; por consiguiente, no concibo que puede existir para fijar la fecha inicial del estado de quiebra del deudor y no para declarar la falencia.

Jurídicamente y con lógica no puede sostenerse tal cosa. La diferencia que surge en determinar un período del otro, es de orden práctico. Ciertos comportamientos del comerciante, como la adquisición de créditos a altos intereses o la renovación de los mismos, no serían fundamento necesarios para pedir el estado de quiebra; recuperadas las circunstancias que lo dieron origen, puede continuar normalmente con sus actividades. Aún más, si los acreedores conocieran que tales hechos no son suficientemente significativos para po-

dir la declaratoria de quiebra, se abstendrian a ello, a .
menos que, dichos actos se repitan en forma que se conviertan
indiscutiblemente en hechos reveladores del estado de
impotencia patrimonial; así las cosas, los hechos intras -
cendentes en principio pueden servir para determinar el -
punto de partida del "Periodo de sospecha".

(01)

CAPITULO IV
REVOCAACION CONCURSAL

Nº 5

DE LA ACCION DE REVOCAACION CONCURSAL

En el Capitulo IV del Libro 6o. Titulo 2o., del Código de Comercio reglamento la composición de la "masa de la quiebra". Luego de señalar los bienes que la integran regula los denominados "Acciones" y revocación. Expresa así el artículo 1985: "Cuando parezca que los bienes de la masa son insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos e que el pago se ha entorpecido por causa de actos del deudor, podrá impetrarse la revocación de los siguientes operaciones del quebrado"

Enumera luego el estatuto los actos susceptibles de revocación, la oportunidad para invocar las respectivas acciones, los términos de caducidad de los mismos, la legitimación para impetrar la pretensión, las consecuencias de la revocación, etc.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES DE REVOCAACION

Mucho se ha discutido en doctrina sobre la naturaleza de la acción de revocación. Mientras, se afirma que tuvo su origen en la acción Pauliana consagrada en el Derecho Romano y aún vigente en nuestra legislación Civil (artículo 2401 C.C.). Algunos autores sostienen que es una acción Pauliana referi-

de al proceso concursal, también se asegura, que es una acción independiente y sustancialmente diferente de la Pauliana, porque la acción Pauliana está instituida para atacar los actos cometidos fraudulentamente por el deudor civil, en perjuicio de sus acreedores, mientras tanto, la acción de revocación examina al acto que sea perjudicial a la masa, sin estudiar la intención del comerciante fallido. Igualmente, la acción Pauliana genera la nulidad del acto, mientras que la revocación genera la ineficacia.

Otros afirman que es una acción "qui generis" de reintegro. Para poder comprender mucho mejor su naturaleza, será necesario precisar cual es el fin que se persigue con la acción de revocatorio.

Si es acepto, que la finalidad de la acción de revocatorio dentro del proceso concursal, es la de volver realidad lo "per conditio creditorum" que infiere toda el derecho quebrario y al mismo tiempo que procura volver realidad la no disponibilidad del deudor sobre sus bienes mientras se halle en el denominado "Período sospechoso" y si a ello se agrega, que puede tenerse como un medio auxiliar no ya del derecho del crédito de los acreedores - Como ocurre con la acción Pauliana - sino de integración de la masa de la quiebra en beneficio del activo disponible, bien pueda catalogarse como una acción de restitución con modalidades específicas o "qui generis".

Observamos entonces, que la acción de revocación tiene numerosas similitud con la acción Pauliana clásica. Para mayor claridad en la comprensión del fenómeno de la revocatorio, se establece a continuación, un paralelo entre la acción Pau-

(93)

liana y la acción revocatoria concursal.

A. El artículo 2488 del C.C. consagra la denominada prenda general en virtud de la cual se establece el derecho de persecución para la ejecución y sobre los bienes del deudor, sean presentes o futuros. En auxilio de esa prenda pretoria, para que no se menoscabe, para impedir la disminución del patrimonio del deudor, existen derechos auxiliares, tanto como para los que se mencionó, como para buscar la incorporación de nuevos bienes, y también para conservar el patrimonio. Se les denomina Medidas Conservatorias, Acción Oblicua o Subrogatoria, Acción Pauliana o Revocatoria, y Beneficio de Separación de Patrimonio.

Las medidas conservatorias buscan mantener intacto el patrimonio del deudor o impidan su deterioro o enajenación. Las Medidas Cautelares - Embargo y Secuestro y el denominado "desescimiento" en la quiebra - son ejemplos .

La acción Subrogatoria, Oblicua o de Sustitución del deudor, procuran incorporar al patrimonio aquellos bienes que, eventualmente, podrían hacer parte del mismo pero que requieren una actitud positiva que se abstiene de asumir el deudor, debiendo entrar el acreedor a sustituirlo. Y la acción Pauliana, reglamentada en el C. Civil en el artículo 2941 que tiene por finalidad dejar sin efectos algunos actos de disposición del deudor, en la medida en que perjudiquen a los acreedores y hayan sido realizados con fraude o mala fe del deudor.

(84)

La acción Pauliana puede referirse tanto a actos realizados a título gratuito como a actos ejecutados a título oneroso. Los actos realizados por el actor deben haber producido o incrementado la insolvencia y esta debe existir al momento de aducirse aquéllos; debe aparecer el fraude como el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor. De ese conocimiento o fraude debe participar el tercero que contrata con el deudor si el acto es a título oneroso y respecto de los actos a título gratuito basta la mala fe del deudor. Está legitimado para iniciar la acción Pauliana cualquier acreedor que lo sea con anterioridad a la fecha del acto defraudador, y se ventaja sólo para los acreedores del deudor no al deudor y únicamente a quienes intentaron la acción Pauliana (evento de una pluralidad procesal de la parte demandante o litis consorcio facultativo activo). La prescripción es de un año contado a partir de la fecha del acto o contrato.

Es una acción individual, personal y, como calificativo de una entidad, es una acción subsidiaria. Si se logra la rescisión del acto, el acreedor debe acudir, posteriormente, al proceso de ejecución respectivo, para lograr la efectividad de su crédito. Se califica en la doctrina, además, como que tiene efectos de inoponibilidad.

B. La acción de revocación concursal puede referirse, igualmente, tanto a actos realizados a título gratuito como a título oneroso. Los actos de disposición del deudor de

(99)

ben haber producido entorpecimiento del pago a los acreedores o deben haber contribuido a la insolvencia. El fraude en veces se exige y en otras se presume. El eventual dennis está configurado por la insolvencia o por el entorpecimiento del pago.

Como se dijo, la acción de revocación corre contra los subadquirentes de quien contrató con el fallido, en cuanto estén afectados con la mala fe de que estuvo afectado el tercero, es decir, en la medida en que participen de la mala fe.

C. La revocatoria, como se observa obedece a una medida para proteger a los acreedores del quebrado y mira la indisponibilidad del deudor respecto de sus bienes existiendo en insolvencia. Obedece a la aplicación de lo "Par conditio creditorum", como que este principio fundamental es la base de todo el derecho concursal, como "el régimen de comunidad de pérdida y tratamiento igual para todos los acreedores".

La finalidad, de la acción revocatoria concursal es integrar la masa de la quiebra en beneficio de todos los acreedores y un aplicación del principio de la Par Conditio.

Por la integración no se destruye la validez del vínculo entre el fallido y el tercero que con él contrató; sino que se presenta un caso de indisponibilidad o ineficacia del acto respecto de los acreedores.

D. La acción revocatoria es subsidiaria en la medida en que para su prosperidad se requiere uno de los presupuestos anteriormente señalados, es decir, la insolvencia del deudor o el entorpecimiento en el pago de las obligaciones, originados ambos fenómenos del deudor.

No obstante lo dicho sobre la validez y eficacia del acto entre las partes (deudor y tercero), las consecuencias de orden práctico de la revocación indican que, el tercero, sólo le asiste la validez, más la eficacia queda sumida en mero enunciado. Por que si como consecuencia de la sentencia que determina la revocación, debe restituir o reintegrar a la masa unos bienes o queda compelido a reintegrar un pago recibido, la eficacia práctica desaparece para el tercero. A no ser que se mire desde el punto de vista del derecho que le compete a ese tercero de participar como acreedor en la quiebra.

Si por el efecto de la sentencia de revocación concursal como una mera acción de inoponibilidad debe reintegrarse un determinado bien, se sigue como seguro que la sentencia declarativa contiene también la reivindicación del bien, en la medida en que ese bien sale del patrimonio del tercero para acrecentar la masa en beneficio de los acreedores.

Algunos consideran la acción de revocación concursal como una mera acción de inoponibilidad o de ineficacia, puesto que los efectos prácticos indican algo de mayor -

entidad como el caso de la restitución de un bien determinado que implica una reivindicación.

Se debe entender lo atinente a la implicación reivindicatoria, en el sentido de la restitución del bien a la masa, como ocurre con la acción de dominio. Pero, no se trata de esta concretamente, ya que, de ninguna manera la revocación está referida a una discusión sobre dominio ni, por consiguiente, sobre la cosa, sino sobre el acto de disposición del deudor. Consecuencialmente, es sólo el acto dispositivo el que puede ser revocado y de allí surge una restitución, a la manera como ocurre en la reivindicación, pero sin ser exactamente ésta en su concepción pura.

El doctor Horacio Montoya Gil, siguiendo la doctrina más aceptada por los autores, diferencia claramente la acción de nulidad o anulación y la acción revocatoria concursal, manifestando que la acción revocatoria, se encamina a atacar la eficacia del acto; la nulidad, su validez; con la revocatoria el acto continúa siendo legal y únicamente la masa puede impetrar su ineficacia como si el acto no hubiese existido. Y califica la acción revocatoria como de carácter restitutorio especiales en exclusivo beneficio de la masa y que generan una inoponibilidad del acto para los acreedores del quebrado. El fundamento de esta acción, se encuentra en el principio constitucional de interés público, representado en el proceso por la igualdad entre los acreedores, la cual se ubica dentro de los linderos de los inte-

reses publicas, en cuanto hacen parte de la nocion de justicia.

La accion de revocatoria debe alcanzar todos los actos calabrados por el deudor en el llamado periodo de sospecha, no importa que estos actos se hayan realizados o no en perjuicio de los acreedores.

El criterio objetivo y cientifico que informa a la quiebra se basa en que todo acto de disposicion del comerciante, que se efectue en el periodo de sospecha, implica una discriminacion en el trato con los acreedores. Posiblemente, los mas eficaces y exigentes lograran garantias o el pago anticipado de sus obligaciones, violandose de esta manera la "Par condictio", que trae consigo el detrimento del interes de los demas acreedores del deudor, y de paso el presupuesto esencial de los procedimientos concursales.

PRESUPUESTOS PARA INTENTAR LA REVOCABILIDAD

El articulo 1965 del Codigo de Comercio determina dos supuestos para la procedencia de la accion de revocacion.

- A. "Cuando parezca que los bienes de la masa son insuficientes para cubrir el total de los creditos reconocidos".
- B. "Cuando el pago se ha entorpecido por causa de actos del deudor".

(100)

El primer supuesto consagra que sólo se podrían intentar las acciones de revocación cuando "Parezca" que exista insolvencia, o sea ese estado patrimonial de desequilibrio entre el activo y el pasivo. La calificación de insolvencia del deudor se deja sujeta a la apreciación, subjetiva e incierta de los acreedores. Esa situación dubitativa no puede servir de fundamento de ese importante presupuesto. Tenemos como ya se observó, que el estado de insolvencia del deudor es una situación patrimonial, demostrable contablemente.

De los estados financieros aportados al proceso, se determina y califica la insolvencia del fallido. Estos documentos sirven de medios de prueba, pues la contabilidad del comerciante constituye una confesión anticipada.

Nuestra legislación Mercantil, a diferencia de otras legislaciones mucho más avanzadas, que han consignado el presupuesto de la insolvencia como fundamento de la quiebra. Por consiguiente, el mismo presupuesto determina la procedencia de las acciones de revocabilidad. Mientras, la nuestra consagra el estado de "Cesación de pagos" como equivalente a incumplimiento de obligaciones Mercantiles (artículo 1937 - C. Co.), presentando una incongruencia entre estos dos presupuestos procesales.

Exigiéndose una reforma del artículo 1965 en su presupuesto A), que se adecue a las corrientes modernas, en el sentido que se institucionalice la insolvencia como presupuesto para instaurar las acciones de revocabilidad.

El presupuesto B) preceptúa que las detenciones o sobresel-



(101)

mientos en el pago de las obligaciones mercantiles, pueden presentarse por hechos inimputables al comerciante o por hechos intencionales o fraudulentos.

La norma ha dado importancia a el hecho y no a la causa. - Si no paga (efectos) es por motivo de los actos que realizó (causa), más el efecto no debe ser factor determinante para establecer la procedencia de las acciones de revocabilidad.

Puede ser que un comerciante esté pagando cumplidamente, pero lo hace en detrimento de la masa, con actos o contratos lesivos tales como, venta por debajo de su valor real o de su costo, excesivos endudamientos, etc. Como conclusión, - el supuesto para instaurar la acción de revocación no puede determinarse por el entorpecimiento en el pago, sino por la naturaleza fraudulenta de los actos realizados, es decir, - que se hayan otorgado en perjuicio de los acreedores. Por razón de ello, se debe preceptuar que actos del fallido se constituyan fraudulentos, los cuales agravan el estado de insolvencia; o que actos, sin causar o agravar la insolvencia y, causen deterioro a la masa.

ACTOS SUCEPTIBLES DE SER REVOCADOS

Para comprender mejor la norma (Art. 1965 C.C.), que señala cuales actos del deudor pueden ser susceptibles de revocación, se presenta una división entre actos gratuitos y actos onerosos y, otra relativa a la época de celebración del acto.

- A. Por lo que respecta a la primera división, la ley indica que son susceptibles de anulación los actos a título gratuitos celebrados después de la fecha de cesación de pagos o dentro del año anterior (Num. 10) y por el sólo hecho de la gratuidad. Y los actos a título onerosos celebrados en el período de sospecha, en el posterior a la cesación de pagos y en el subsiguiente a la declaratoria de quiebra, atendida la calidad del acto para comprender el período o época de su celebración.
- B. Son revocables los siguientes actos celebrados durante el período de sospecha:
- 1) Los pagos de deudas vencidas (hechos con posterioridad a la fecha de cesación y durante los seis meses anteriores).
 - 2) Los contratos celebrados por el deudor después de quebrado con su cónyuge, con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, o con algún consocio en sociedad distinta de la anónima, o con sociedad colectiva, limitada, comandita o de hecho, en que haya socio del quebrado.
 - 3) Los actos a título gratuito.
 - 4) Los actos a título oneroso si comprenden disposición, limitación, gravámenes o administración de bienes cuando no aparezca la buena fe calificada en el tercero (buena fe exenta de culpa) (dentro de los dos años anterior

(103)

ras a la fecha de cesación de pagos).

Con revocables los siguientes actos celebrados en el período posterior a la cesación de pagos:

- 1) Las decisiones en pago por deudas vencidas efectuadas con objeto distinto o título valoros de contenido crediticio.
- 2) Las fusiones, transformaciones y demás reformas formalizadas, con las que de algún modo se menoscabe o reduzca la responsabilidad anterior de los asociados, en tratándose de quiebra de sociedades.
- 3) Las reformas tutelares y las liquidaciones sociales formalizadas, con las que se haya disminuido el patrimonio de la casaña del socio en quiebra, o distribuido sus bienes en forma que los acreedores de aquéllos o de esta, según el caso, resulten perjudicados.
- 4) La enajenación total o parcial de establecimiento de comercio.
- 5) Las cauciones que haya constituido.
- 6) Todo acto de administración y disposición de cualquier especie y porción de bienes, conocido de la persona que contrató con el deudor al mal estado de los negocios de éste (se presume en los trabajadores del quebrado el-

dicho conocimiento).

Son reversibles los siguientes actos celebrados en el periodo posterior a la declaratoria de quiebra; Todo acto de disposición y administración de cualquier especie y porción de bienes embargables.

SITUACION DEL TERCERO EN FRENTE DE LA ACCION DE REVOCACION

El tercer adquirente de los bienes del fallido, cuyo acto puede ser susceptible de revocación, debe reconocérsele sus derechos.

Ante los demás aparece como un verdadero propietario, solo a la masa le es imponible tal calidad. Por esta razón es importante distinguir entre el tercero de buena fe y el tercero de mala fe; para el primero, la ley tiene que respetar ciertos derechos, solo se lo obliga a restituir los bienes sin la entrega de sus frutos, sin deducir las mejoras útiles; mientras, que el tercero de mala fe no tendrá derecho sino a las mejoras necesarias, de acuerdo a lo dispuesto por la norma general del Código Civil (art. 985), de acuerdo también, se les obliga a restituir los bienes con sus frutos.

Además, quien contrató a título oneroso, con el deudor y de buena fe, tiene derecho a participar en la quiebra, según la norma del dividendo o prorrateo, por lo que dió el quebrado como contraprestación. Como quien contrató obviamente en estas circunstancias no era acreedor del deudor, no tenía

lógicamente, oportunidad de comparecer dentro del término que disponen los acreedores. Lo entonces, en la sentencia en donde el juez debe disponer esa participación, aún de manera oficiosa, siempre que resulte la buena fé de la manera como la regula la ley.

Por otra parte, la ley vigente no estipula la extensión de los efectos de la acción de revocación para los sub-adquirentes.

Son los doctrinantes quienes se refieren a este asunto, - la mayoría de ellos distinguen igualmente, entre los sub-adquirentes de buena y de mala fé; para los primeros, no cabe la acción revocatoria. En los términos en que cabe para los segundos, produce sus efectos la acción revocatoria - (para el tercero de mala fé).

De acuerdo con lo anteriormente expresado, es necesario - que la ley establezca los efectos de la revocación en la - persona del tercero, adquirente de los bienes del fallido.

DE LA REVOCATORIA ORDINARIA

El artículo 1970 del C. de Co. establece lo siguiente: "Sin embargo de estar vencido el término señalado para intentar las acciones revocatorias y de simulación, podrá el Síndico incoarla por la vía ordinaria dentro del año siguiente, en virtud de hechos o actos de que no haya podido tener conocimiento antes".

La norma transcrita consagra lo que se conoce como revocatoria ordinaria, tiene su fundamento en el hecho que la ley -

no debe impedir el ejercicio y persecución de la acción de revocatoria común. Eliminar la acción revocatoria ordinaria no sólo perjudicaría a los acreedores, sino que indirectamente permitiría sancionar actos fraudulentos anteriores, al escapar estos a la posibilidad de la acción revocatoria concursal, por el vencimiento del término procesal.

De acuerdo con la filosofía que determina la naturaleza del Síndico se considera que la norma del artículo 1970 debe eliminar la acción para dejarla en poder de los acreedores reconocidos dentro del proceso de quiebra. Igualmente, tratándose de la revocatoria común el término de caducidad de un año es de verdad corto y se diría que angustioso. Los supuestos establecidos en la parte final de la preceptiva legal, no puede ser determinante para contabilizar los términos de caducidad de la acción. Por que dice la norma que "En virtud de hechos o actos que no haya podido tener conocimiento antes". Este supuesto de afirmaciones negativas no puede ser susceptible de prueba, lo cual posibilita cualquier posterior reclamación contra la actuación del Síndico.

La revocatoria común que concoga la ley, debe examinarse desde otro punto de vista, y al respecto el doctor Jesus-María Sanguino S. hace una proposición que parece ser bastante lógica: Que la norma concoga expresamente el derecho de incoar, la acción de revocatoria común, a todos los acreedores conocidos en el concurso y, el término para ejercer dicha acción será de dos años, contados a par-

(107)

tir de la fecha en que se venció la oportunidad de interponer las acciones revocatorias concursales y, contra todo acto o contrato que hubiese escapado a la revocatoria concursal.

~~C O P I U L O V~~

LA CESACION DE PAGOS EN NUESTRO DERECHO MERCANTIL ^{Si}

En nuestra legislación el concepto de "cesación de pagos" constituye el presupuesto objetivo de los procedimientos concursales mercantiles, en cambio, el concepto de insolvencia es el presupuesto de los procedimientos concursales para personas no comerciantes.

El concepto de "cesación de pagos" data desde 1807 (Código de Napoleón). Fue acogido por nuestra legislación desde la época de la República hasta nuestros días, es decir, que fue incorporada a la legislación Colombiana desde la expedición de los primeros códigos hasta el estatuto mercantil vigente (Deco. 410 / 71). Aunque nuestra legislación ha mantenido esta tradición - en ninguna ley o reforma o decreto-ley, el concepto "cesación de pagos" ha sido sustituido por otro - No ha habido acervo doctrinal, ni jurisprudencial al respecto; el tema no ha adquirido importancia jurídica como en otros países.

Ha existido aceptación tradicional del término "cesación de pagos", sin que existan estudios que analicen y desentrañen su esencia, contenido y extensión.

sólo frente a la expedición del Decreto 410 de 1971 y después de muchos años de regir la vida jurídica del país, exis

(109)

te una gran preocupación por las consecuencias que ha traído para la economía nacional la aplicación de tal concepto como se encuentra consagrado en el ordenamiento mercantil.

Siguiendo los lineamientos de la legislación francesa, nuestra legislación vigente ha preceptuado y adoptado la teoría que identifica la fórmula "Cesación de pagos" con la de "In cumplimiento".

El artículo 1937 del Código de Comercio estatuye:

"Se considerará en estado de quiebra al comerciante que sobre sea en el pago corriente de dos o más 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".

Y el artículo 1938 del Código de Comercio dispone:

El comerciante que se encuentre en cesación de pagos deberá ponerle en conocimiento del juez competente dentro de los - quince días siguientes a la fecha de tal cesación".

Por su parte el artículo 19 del mismo ordenamiento impone - como un deber del comerciante:

"5o. Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles".

De las normas aludidas se deduce, que nuestra legislación - establece que el comerciante que sobre sea (incumpla) el pa-

go corriente de dos o más obligaciones mercantiles, se considerará en estado de quiebra. Este sobreseimiento o incumplimiento comporta la "cesación de pagos" y ésta deberá ponerse en conocimiento del juez, dentro de los quince días siguientes a la fecha de tal cesación.

La cesación de pagos sólo se genera o causa por incumplimiento de obligaciones civiles o laborales.

Cuando ese incumplimiento de las obligaciones mercantiles sea de quince días o más, el comerciante se encuentra en estado de quiebra económica y por lo tanto, se debe proceder a la declaratoria judicial de quiebra.

Tenemos también, que la calidad de comerciante le impone un deber ineludible. Pedir la declaratoria de quiebra cuando haya cesado en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles.

Ahora bien, según la preceptiva legal del artículo 1912 del Código de Comercio, se establece que la solicitud del Concordato sólo podría intentarse antes de la "cesación de pagos" o dentro de los quince días siguientes a la fecha del sobreseimiento en los mismos. De lo que resulta, que la forma contenida en la norma del 1912 del estatuto mercantil concuerda con la del artículo 1938, porque si la solicitud del Concordato Preventivo Potestativo se hiciera posterior a los 15 días de sobreseimiento en los pagos de obligaciones mercantiles, la acción concordataria estaría caducada y se impondría la declaratoria de quiebra como lo señala el artí-

1915.

"Si la solicitud no es aceptada, por no reunir los requisitos previstos en el artículo 1912, el juez declara el estado de quiebra, si ello se ha formulado después de la "cesación de pagos".

A las anteriores normas transcritas se las critica y con muy razonados argumentos, por no adecuarse a nuestra realidad económica al imponer a los empresarios las obligaciones del pago estricto a su fecha de vencimiento, sin permitir - deore, en caso contrario lo considera quebrado. Situación que no se compadeca con nuestra condición de país en vía de desarrollo.

Sin temor a equivocación, se puede decir que no existe en Colombia empresario que no tenga más de dos obligaciones mercantiles vencidas por un término mayor a los 15 días. Ante esta realidad, se puede colegir que los comerciantes no estan cumpliendo la norma del artículo 19 No. 5 del C. de Comercio y que en su totalidad están cubiertos por la preceptivo legal del artículo 1937 del Código de Comercio.

El sistema Colombiano tal como se encuentra vigente en nuestro estatuto mercantil es inoperante, pues los procedimientos concursales de ejecución colectiva se estan declarando en forma por demás injusta. Comerciantes con patrimonios sólidos se han visto avocados a situaciones transitorias de illiquidaz que no les ha permitido atender el pago de sus obligaciones comerciales, han sido llevados a la declaración de quiebra con las consecuencias irremediables que ella pro

cuca; eliminación de la empresa, desaparición de una fuente de empleo, patrimonios solventes que se convierten súbitamente en cosas o bienes de valor desmejorado, o el deterioro moral y psicológico de la persona del quebrado y la pérdida del crédito de los acreedores más desprotegidos.

Otro aspecto, es la incorporación del concepto "cesación de pagos", sólo de obligaciones mercantiles. Tras una discusión el redactor del texto que de mucho pare especular. Porque realmente: Cuales son los perfiles, los lineamientos de una obligación mercantil que permita diferenciarla de una civil? Y como vimos en otro aparte de este estudio que no existe una frontera divisoria entre el acto del Comercio y el acto Civil. Un comerciante puede incumplir todas las obligaciones civiles, en algunos casos pueden ser tan importantes o más que las mercantiles y, sin embargo, contra este deudor no puede prepararse la declaratoria de quiebra y el acreedor civil, aunque conozca el estado patrimonial de la insolvencia de su deudor, no tiene la legitimación procesal para solicitar el concurso universal de falencia.

En la mayoría de las legislaciones se ha modificado el concepto imperante en nuestro Código de Comercio.

La quiebra precede a petición de cualquier acreedor mercantil o civil, cuando se haga evidente la drástica situación económica del comerciante deudor, que se encuentre en estado patrimonial que no le permite la solución o pago de las obligaciones adquiridas.

En definitiva, se hace indispensable reformar nuestro estatuto de quiebra y de concurso de acreedores no comerciantes, para pedir que su declaración sea sólo procedente cuando exista una situación de real insolvencia que justifique esa drástica medida, que puede originar situaciones de orden penal de consecuencias incalculables.

LA DEFENSA DEL CREDITO Y LA CONSERVACION DE LA Nó
EMPRESA

Son los objetivos reales de los procedimientos concursales, pero,*****

LA DEFENSA DEL CREDITO - El legislador Colombiano siguiendo de los derroteros de todo el derecho positivo, se ha preocupado por asegurar al acreedor el pago de su crédito, instituyendo las acciones de ejecución universal o proceso concursal de quiebra.

Sin embargo, las razones de las medidas de protección del crédito ha variado de acuerdo a los tiempos y a la filosofía económica y social predominante en un momento dado.

Dentro de una nueva concepción económica, la defensa del crédito se circunscribe a una defensa concreta micro-económica, se hace desde ángulos diferentes a fin de que el acreedor queda protegido por la ley, bien sea dentro del proceso concursal o individual. Nada es tan importante y oportuno como buscar que el patrimonio del deudor se recupere en su integridad para reconstruir la prenda común de los acreedores, y

la posibilidad de continuar en su producción para atender el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. Desde ese nuevo panorama los procedimientos concursales y la protección que se debe dar al crédito, debe ser dirigido a buscar medidas preventivas y de reparación de la empresa en crisis; no puede convertirse estos procedimientos en enterraderos de las empresas, en beneficio de unos pocos y en detrimento de un interés general y colectivo.

LA CONSERVACION DE LA EMPRESA - Entendiendose la empresa como una actividad útil para la comunidad, como generadora de empleos que van a incidir en el bienestar del conglomerado social; las legislaciones concursales deben dirigirse a su conservación .

Se ha tornado hoy día, en la preocupación central del derecho mercantil y de otras ciencias.

La conservación de la Empresa no puede ser sólo monopolio del derecho concursal, su importancia se extiende a otras esferas y disciplinas que compete al legislador instrumentar para lograr a través de los mecanismos jurídicos apto para su protección. Todo ello debe reflejarse en una correcta y completa reglamentación que abarque todos los aspectos que interesan a la empresa tales, como el control y ejercicio de la banca, utilización del crédito, expedición de normas laborales y otras que se encapan a esa numeración, con el objeto de lograr la recuperación y rehabilitación de las empresas que pasan por dificultades financieras a fin de evitar su quiebre.

En tanto que las legislaciones se preocupan por incorporar

(115)

como principios orientadores los presupuestos de supervivencia de la empresa, nuestro ordenamiento jurídico vigente se separa abiertamente de estas nuevas orientaciones: en lugar de recuperar la empresa, la ley de concursos mercantiles se ha convertido en la irremediable partida de defunción de las mismas.

No hay que olvidar que la Empresa no sólo es la participación de un capital (aportes) o indirectamente (acreedores), ella, además, le integra un elemento sustancial necesario a su función múltiple, es la participación de la fuerza de trabajo, es la comunidad laboral que hace posible la realización de sus objetivos.

Sin embargo, nuestro derecho concursal oculta este aspecto integrador de la empresa, lo ha vulnerado y lesionado. Los trabajadores de las empresas que entran en "cesación de pagos". Son los más desfavorecidos, los que pierden personería para intentar la concursalidad; su participación en los concordatos está condicionada a que cualquier acreedor impugne el crédito por no estar reconocido judicialmente; dentro del proceso de quiebra sufren la ruptura intempestiva del contrato de trabajo sin indemnización alguna. El crédito laboral queda marginado a toda participación deliberativa en el concordato resolutorio.

PRESUNCION DE CESACION DE PAGOS S.

El artículo 1942 del C. de Co., establece una serie de presunciones que tienen el carácter de orden legal, por consi-

(110)

quiente, admiten pruebas en contrario.

Dice la ley que se presume la "cesación de pagos":

a. "Cuando el comerciante se oculta .

b. Cuando el comerciante se "ausenta"

c. Cuando "cierre sus oficinas o establecimiento de comercio sin dejar personal que legalmente puedan atender sus negocios y cumplir sus compromisos.

Finalmente, agrega el dispositivo legal que estos hechos se pueden acreditar con pruebas sumarias.

La mayoría de las legislaciones consagran, no como presunción legal los hechos que enuncia la norma, sino como hechos reveladores que indican el estado de "cesación de pagos".

Escapa dentro de la regulación jurídica enunciado, la incorporación de un hecho revelador; el estado de "insolvencia", acogida por la totalidad de las legislaciones como es la confesión expresa, según declaraciones judiciales y extrajudiciales, circulares, convocatorias privadas, etc.

Como la enumeración de los hechos, materia de la presunción de "cesación de pagos" (hecho por el artículo 1942 del Código de Comercio), constituye una numeración taxativa, no podría darse el caso de nuestra legislación, de elegir los hechos de confesión expresa como presunción del estado de "cesación de pagos". Igualmente, a nuestro ordenamiento escapa la catalogación de otros hechos reveladores de un estado de "cesación de pagos", como son los medios ficticios, ruinosos y fraudulentos utilizados por el deudor para eludir el pago de sus obligaciones .

Todo lo anterior, tiene como causa el hecho, que los juristas

(117)

tes redactarán la ley con fundamento en un tiempo pasado,
para un presente nuevo, dinámico, ansioso de un cambio.

2a parte
Si *capitulo 3*

C A P I T U L O VI

** EL CONCORDATO COMO INSTITUCION PROCESAL*

Despues de habernos detenido en interesantes e importantes aspectos necesarios para la comprension del tema que a -
continuacion trataremos, entramos de lleno en el.

Primero que todo, debe saber que es el Concordato?
A continuacion, daremos una respuesta a ese interrogante.
Es un proceso judicial que tiende a obtener un arreglo -
que facilite el pago de las obligaciones del deudor con -
sus acreedores, fuera del procedimiento de la quiebra y -
tratando de evitarla.

Es un estimulo para el buen comerciante, que cuando las -
condiciones de sus negocios no le permitan atender oportu-
namente sus compromisos, evita un juicio de quiebra que no
solo afectaria su posicion comercial sino que puede llegar
a la realizacion de sus activos en circunstancias desfavora-
bles para el y para sus acreedores; y representa, al mismo
tiempo, una medida de proteccion para los acreedores, ya -
que elstos pueden, en armonia con su deudor, tomar medidas
enderezadas a facilitar el pago de sus creditos o la segu-
ridad de los mismos. Para alcanzar efectos de esa naturale-
za se otorgan al juez poderes compulsivos y decisorios pa-
ra concentrar la actividad de los acreedores en un solo -

(119)

proceso de acuerdo. Una vez se inicien las deliberaciones, el juez no se pronuncia sobre el fondo del debate de los acreedores y el deudor, sino sobre la forma como éste se lleve a cabo, vale decir, el acuerdo sobre la rebaja de intereses, o las concesiones en el plazo de las obligaciones comprometen a todas las partes una vez sean declaradas por sentencia que profiere el juez.

El concordato en su formación y perfeccionamiento presenta diferentes fases o etapas. Así tenemos que en la formación del concordato se distinguen los siguientes pasos: En primer término, el deudor se dirige al funcionario competente exponiéndole su situación y solicitándole la admisión a concordato; luego, si el juez o funcionario a quien se haga encuentra procedente la petición, convocará a los acreedores a fin de que en su presencia deliberen en torno a las propuestas del deudor; finalmente, si llegan a algún acuerdo, lo consignan en un acta de acuerdo que para su eficacia requerirá la aprobación judicial, si se ajusta a las prescripciones legales.

LEGITIMACION

El código de comercio, siguiendo la orientación general de la doctrina y también de otras legislaciones, al abundar en exigencias de parte de quienes pretendan un acuerdo con sus acreedores, al menos en lo referente al concordato preventivo potestativo, procuró sin duda hacer de tal institu

(120)

ción una medida reservada únicamente en beneficio de quienes de manera honesta y diligente s, se dedican a la actividad mercantil.

El concordato preventivo, presupone esencialmente que el empresario sea una persona honesta, que haya sido herida por el desequilibrio económico, más por mala fortuna que por su propia culpa. Frente al funcionario de mala fé la ley no transige; y quiere que entodo caso quede sujeto a la quiebra, con todas las consecuencias morales y materiales que ella trae.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 1910 del Código, solamente el deudor comerciante se halla legitimado para solicitar ser admitido a concordato preventivo con sus acreedores. En cambio, según el artículo 1929, el obligatorio pueden solicitarlo la sociedad deudora o cualquier acreedor. Y, con arreglo a lo previsto por el artículo 1986, están legitimados para pedir la convocatoria o discutir términos de concordato dentro de la quiebra no sólo el deudor sino también el síndico y cualquier número de acreedores que represente el cincuenta por ciento o más de los créditos reconocidos.

Para los adicionales, lo mismo que para los concordatos preventivos del concurso de acreedores, se establecen reglas diferentes: los adicionales pueden solicitarlos conjuntamente el deudor y cualquier número de acreedores que haya intervenido en el proceso, o de sus cesionarios, que representen no menos del setenta y cinco por ciento (75%) de los -

(121)

créditos aceptados en el concordato. Para el preventivo del concurso civil el art. 570 del Código de Procedimiento Civil sienta dos reglas: o los pueden pedir conjuntamente el deudor coadyuvado por el número de acreedores que podría aprobar el concordato dentro de la quiebra, o el deudor sólo si llena las condiciones especiales allí previstas.

Justo Agui

COMPETENCIA

Dispone el artículo 1912 del C. de Comercio que del concordato potestativo conocerá el juez que lo sea para tramitar el proceso de quiebra y éste, según las provisiones del art. 1941 del mismo ordenamiento, es el juez Civil del Circuito que corresponda al domicilio del deudor. No precisa la disposición qué sucede cuando el deudor tenga varios domicilios o carezca de él, debiendo entonces darse aplicación a las reglas que sobre el particular condega el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, a las cuales se puede acudir por autorización del art. 2010 del Código de Comercio. Si se trata de concordato preventivo obligatorio el código atribuyó su conocimiento a funcionarios diferentes, pues al tiempo que el artículo 1929 ordena que se tramite ante la Superintendencia de Sociedades, el art. 1930 advierte que las "controversias que se presenten respecto de la existencia, cuantía naturaleza, garantías, intereses y orden de pago de los créditos serán decididas por el juez competente para conocer de la quiebra", y el artículo siguiente agrega que una vez celebrado el concordato ante la Superintendencia deberá

(122)

ser homologado por el mismo juez, para lo cual esa dependencia le enviará el expediente.

En cuanto al resolutorio, conocerá el mismo juez que esté adelantando la tramitación del procedimiento de la quiebra.

Por último en lo que toca a los concordatos adicionales, dado que su finalidad es la de interpretar, modificar, o facilitar el cumplimiento de otro concordato anterior, la competencia estará radicada en el mismo juez que tramitó el que se pretende adicionar.

En relación con la competencia para conocer del concordato preventivo potestativo, el proyecto de 1958 proponía en su art. 3o. que de él conociera la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del deudor. Nada se decía respecto del obligatorio puesto que este no se contemplaba en el proyecto. Con tal proposición se pretendía hacer cobrar vigencia y aplicación de las disposiciones de la ley 21 de 1931 que atribuyen a las Cámaras de Comercio, entre otras, la función de "prestar sus buenos oficios a los comerciantes que lo soliciten para hacer arreglos entre los acreedores y deudores" y también la de "servir de tribunales de comercio para resolver como árbitro o amigables componedores las diferencias que ocurran entre comerciantes" (Numerales XII y XIII del artículo 12 de la ley 28 de 1931).

Las anteriores propuestas fueron variadas en la redacción del código de comercio.

Y se le atribuyó la competencia para conocer de los concordatos a los jueces encargados de los asuntos de comercio.

(123)

OPORTUNIDAD Y CADUCIDAD

La oportunidad para formular una solicitud de admisión a concordato varía según la clase de convenio de que se trate, así:

Si lo propuesto es un preventivo potestativo, la solicitud se ha de presentar, dice el artículo 1912, antes de la cesación de pagos o dentro de los quince días siguientes. Para el obligatorio, en cambio, no se señala un término, lo que resulta obvio, como que tratándose de las sociedades a las que se les aplica, su agotamiento es un requisito de procedibilidad de la acción pro quebraría o de la liquidación forzosa administrativa. Es decir, que para el potestativo se establece un término de caducidad de quince días, para el obligatorio no existe dicho término.

Y en lo que toca a la oportunidad para solicitar el convenio resolutorio, según las previsiones del art. 1986, podrán los legitimados solicitarlo una vez precluida la oportunidad que tienen los acreedores para hacerse parte en el proceso de la quiebra (art. 1948, 1973 y 1974).

DEMANDA

El código de comercio, al referirse a la petición del deudor para que sea admitido a celebrar un concordato, no habla propiamente de demanda, sino de solicitud. Sin embargo, si se tiene en cuenta el hecho de que con ese acto de postule-

(124)

ción se iniciará el proceso concordatario, no se puede dudar que, al menos en tratándose del concordato preventivo, tal sollicitud debe catalogarse como una demanda en sentido técnico, lo que tiene importancia desde el punto de vista procesal.

GUISEPPI CHIOVENDA dice que la demanda es el acto con que la parte (actor) afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, declarada la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado) e invoca para este fin la autoridad del órgano jurisdiccional. Y, si se examina las normas que autorizan al deudor para solicitar el concordato y los fines que ella persigue, se verá cómo tal petición se ajusta a la noción doctrinal de la demanda.

De donde se puede deducir con bases sostenibles, que la sollicitud de concordato ha de sujetarse a todos los requisitos formales de toda demanda judicial y las exigencias propias del código de comercio dada la índole especial del procedimiento concursal concordatario.

Por lo tanto, la solicitud deberá ceñirse a las proscripciones del artículo 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, disposición aplicable por mandato del artículo 2010 del código de Comercio, y como es lógico también sujetarse a las exigencias especiales según la clase de convenio que con ella proponga el deudor.

En cuanto al objeto de la solicitud, que en el caso de la demanda común equivale al petitum, aún cuando el código de

(125)

Comercio no lo diga de manera expresa, en la solicitud debe indicarse la modalidad del acuerdo que se aspira concluir con los acreedores, señalando alguna o algunas de las fórmulas provistas por los artículos 1911, 1926, ó 1980. Deberá precisarse si se propone un acuerdo: liquidatorio total o parcial (distribución del patrimonio igualitario entre todos los acreedores); dilatorio (simple espera de los acreedores, pagos escalonados de los de los créditos, aceptación de abonos parciales); cautelar (administración de los negocios del deudor por terceras personas, o por el mismo deudor sometido a contraloría); remisorio (concesión de quitas de las deudas); o simplemente suspensivo (interrupción temporal del proceso de quiebra), etc.

A su vez el art. 1912, manda que la solicitud deberá presentarse directamente por el deudor o por medio de apoderado y el inciso final agrega que al presentarse la solicitud, "el deudor protestará bajo juramento que reúne las condiciones segunda, tercera, cuarta, y quinta indicadas en el art. 1910". De allí que, aún cuando la solicitud se formule por conducto de apoderados debe presentarse directamente por el deudor, a menos que se admitiera que en el poder pueda facultarse expresamente al mandatario para tal protesta.

En cuanto a los anexos que han de acompañarse a la demanda del concordato, se requiere agregar los siguientes, según el artículo 1912:

A. Un certificado de la Cámara de Comercio del lugar de su -

(128)

- domicilio en el cual deberá constar que el solicitante se halle legalmente inscrito en el registro mercantil. Este certificado tiene por objeto establecer la calidad de comerciante del deudor y también que cumplido con una de las obligaciones que el código le impone en artículo 18.
- B. Un balance general de su patrimonio, certificado por un contador habilitado para ello y acompañado de un inventario detallado de sus bienes y obligaciones, con indicación del nombre y domicilio de sus acreedores y de las clases de su créditos, elaborado con no menos de un mes de anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.
- C. Si quien solicite ser admitido a concordato es una sociedad, dice el artículo 1910, también deberá acompañar a la petición la prueba de que fue autorizado conforme a los estatutos.
- D. Una relación de todos los procesos en curso contra el deudor o promovido por él. Esta relación deberá indicar la clase de proceso de que se trate, nombre de las partes, despacho donde se tramita, su estado actual, etc.
- E. Además, aun cuando el art. 1912 del código no lo diga, también se debe acompañar a la demanda el poder conferido por el deudor al abogado para formularlo, pues evidentemente no se trata de ninguna de las casos de excepción

(127)

a que se refieren los artículos 40 de la C. N y 28 siguientes del Decreto 190 de 1971.

ADMISSION Y EFECTOS

Si la solicitud reúne las exigencias de orden sustantivo y formal, se la aceptará dentro de los tres días siguientes a su presentación. Si no procede su admisión por no reunir los requisitos exigidos, el juez declarará el estado de quiebra, si ello se ha formulado de prueba de la cesación de pagos. Como es obvio, lo citado anteriormente no tendrá aplicación cuando se trate de la solicitud de concordato preventivo obligatorio.

Como es lógico, y de acuerdo con los principios de interpretación de la ley procesal consagrada en el art. 40 del Código de Procedimiento Civil, en el cual el juez, obrando conforme a lo previsto por el artículo 85, declare inadmisión la demanda si encuentra que falta algún requisito y, señale al peticionario un término de cinco días contados a partir del rechazo, para que la complete o subsane. Por lo demás, en otras legislaciones como la Argentina, se le concede al solicitante un término de 10 días contados a partir de la presentación para que complete los requisitos omitidos.

El auto que de curso a la demanda de concordato, cuya naturaleza declarativa constitutiva no tiene duda, además de la declaratoria de conformidad de la petición con las exigencias legales, dispondrá:

(128)

- A. Que se oficio a los demás jueces competentes para conocer el juicio de quiebra, a fin de que no se dé curso a dicho juicio o de que se suspenda, si ya se ha iniciado. Tales jueces como lo previene el art. 1973, al recibo del oficio indicado, enviarán al juez que admitió la solicitud de concordato cualquier petición o proceso de quiebra ya iniciado, en el estado en que se encuentre.
- B. En segundo término, el juez dispone el emplazamiento de todos los acreedores del comerciante, por medio de un edicto que se fijará al día siguiente, por diez días hábiles, en la Secretaría del Juzgado y que se publicará por tres veces consecutivas en un periódico de amplia circulación nacional y en uno que circule regularmente en el lugar de domicilio y el de asiento principal de sus negocios si lo hubiere. Asimismo la publicación se hará por medio de una radiodifusora.
- C. La convocatoria del deudor y los acreedores para iniciar las deliberaciones. Para este efecto y en el mismo auto el juez señalará fecha para iniciar las deliberaciones entre el deudor y los acreedores.
- Esta fecha no será ni para antes de los treinta y cinco días ni para después de los sesenta siguientes.

En relación con lo anterior y para asegurar que los acreedores efectivamente se enteren de la solicitud de concordato hecha por el deudor, en países como Argentina, siguiendo los ordenamientos de Inglaterra, España o Italia, se dispo-

(120)

no que la convocatoria se haga saber a los acreedores denunciados en la solicitud y anexos, además de las publicaciones, enviándoles cartas certificadas, en la cual se les hace saber la admisión al concordato, incluyendo los datos sucintos del nombre del peticionario, fecha hasta la cual pueden presentar sus créditos, día para iniciar deliberaciones, el Juzgado donde se tramita, etc.

EFFECTOS DE LA ADMISION - Ahora, como durante la tramitación del concordato preventivo subsiste la posibilidad de que algún acreedor promueva la quiebra o que inicien procesos de ejecución contra el deudor o que éste trate de distraer elementos de la masa general de los acreedores, el código autoriza ciertas medidas y reconoce efectos suspensivos a la providencia convocatoria. Por ello se dice que tal providencia suspende la exigibilidad de los créditos vencidos y provoca la caducidad en los no exigibles. Tales efectos son:

- A. Mientras se tramita el concordato, no podrá aceptarse otra solicitud en el mismo sentido, ni de declaración de quiebra por el mismo juez ni por ninguno otro, ni podrá continuarse el trámite de la quiebra si ya se hubiera iniciado.
- B. De igual manera, podrá iniciarse proceso alguno de ejecución contra el deudor y se suspenderá el trámite de los ya iniciados; excepto los derivados de relaciones de trabajo o de obligaciones alimentarias, por cuanto éstos -

interesan al orden público, más importante que el privado de los comerciantes y quienes usualmente no derivan exclusivamente sus ingresos de un solo deudor, como si ocurre con los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, a los salarios y las demás prestaciones derivadas de los contratos laborales, y las deudas del fisco.

C. En armonía con el inciso 1o. del artículo 1914, también se suspenden las prescripciones de los créditos con el fin de que los acreedores no vayan a quedar desprovistos de acción para hacerlos efectivos en el evento que el concordato no llegue a formalizarse. Lo que no se aplicaría a los ausentes (art. 1927).

D. De otra parte, auncuando durante la tramitación del concordato el deudor conserva la administración de los bienes y negocios, el art. 1921 estatuye que mientras tanto no podrá, sin autorización del juez del conocimiento, hacer enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinarios de sus negocios, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni hacer reformas o fusiones cuando se trate de sociedades. Estas circunstancias, así como la exclusión de las acciones revocatorias, consideradas incompatibles con la finalidad del concordato, constituyen las diferencias fundamentales entre el concurso de concordato y la quiebra. Además, de acuerdo con el inciso 2o. del artículo 1921, hecha la verificación de los créditos, quienes se

(131)

hubieren hecho parte y representen más de la mitad de los créditos admitidos al proceso, podrán nombrar libremente un vigilante o controlor de la administración ejercida por el deudor, o podrán también solicitar al juez las medidas cautelares que consideren del caso.

INTERVENCIÓN DE LOS ACREEDORES

En casi todas las legislaciones que lo reglamentan, el concordato es un instituto jurídico destinado a regular las relaciones entre deudores y acreedores quirografarios, pues se parte de la base de que se deben respetar los derechos y acciones reconocidas por la ley a los titulares de créditos privilegiados. Entre nosotros se busca regular las relaciones entre el deudor con todos sus acreedores; sólo que a los privilegiados se les reconoce derecho de abstención.

Así que, con arreglo a lo que dispone los arts. 1916 y 1917, los acreedores que pretendan hacer efectivo sus créditos deberán hacerse parte en el proceso durante el término de fijación del edicto emplazatorio (diez días a partir de la edición) y los diez días hábiles siguientes a la expiración del mismo, o de la última publicación.

La solicitud deberá hacerla cada acreedor siguiendo las reglas de la postulación y a ella acompañará el respectivo título de crédito o, al menos prueba sumaria de su existencia. Salvo en el evento de los acreedores con derechos de absten-

(132)

ción, quienes no se presenten o sean rechazados, dice el artículo 1817, no tendrán derechos a intervenir en las deliberaciones, ni podrán intentar proceso de quiebra y otro para perseguir el pago del crédito. Tales acreedores sólo podrán perseguir el remanente de los bienes del deudor, una vez cumplido el concordato, o intervenir en proceso de quiebra si a él hubiere lugar por falta de concordato o incumplimiento del mismo.

En cuanto a los créditos laborales y del fisco, lo mismo que a los acreedores con garantías reales, el código les da un tratamiento especial.

Y por lo que toca a los acreedores con garantías reales el art. 1818, establece que también ellos deberán hacerse parte en el proceso y podrán a su elección:

- A. Abatenerse de concurrir a las deliberaciones, o intervenir en ellas, pero sin votar las decisiones, para ejercitar sus acciones reales en forma legal y ante el mismo juez que esté tramitando el concordato, y
- B. Intervenir, con voz y voto, sin menoscabo de la prelación legal que le corresponda para el pago total de sus créditos hasta donde lo permita el valor que se fije en el concordato para los bienes gravados, concurriendo a pro-rata por el déficit con los acreedores quirografarios. A falta de acuerdo sobre el valor de los bienes gravados, los acreedores podrán desistir del concordato y ejerci-

tar el derecho previsto en el ordinal lo. de este artículo.
lo.

CONTRADICCION Y VERIFICACION DE LOS CREDITOS

Como anteriormente se anotó, cada acreedor ha de solicitar que su crédito sea aceptado y dispuesto su pago dentro del concordato y que, a tal efecto, debe presentar prueba de su existencia. Tal prueba, según el código puede ser simplemente sumaria.

Con lo anterior quiso el legislador facilitar a los acreedores su presentación oportuna al proceso pero sin que ello signifique que los exonere de completar la prueba antes de que el juez califique el merito de los créditos.

Por prueba sumaria se entienda aquella que, siendo plena se produjo sin el lleno de ciertas formalidades o más exactamente aquella que no ha sido controvertida. La calidad de sumaria de una prueba según lo ha dicho la Corte, se refiere al modo como ella se produce, no a su valor. La sumariedad no le quita su valor intrínseco a la prueba misma. De manera, que si un determinado crédito fue establecido sumariamente, para el momento en que el juez, vea a decidir sobre su mérito se deberá haber completado la formalidad o requisitos que le falta.

Ahora, en lo referente a la forma como se cumple la contradicción de los créditos dentro del concordato preventivo sobre todo para evitar la formación de mayorías ficticias con

la introducción de créditos simulados, documentos alterados, créditos cancelados, etc, o cualquier otra maniobra fraudulenta, el art. 1918 manda que vencidos los términos de que disponen los acreedores para ser parte en el proceso, se dará traslado común a los interesados por cinco días. Dentro de este término cualquier interesado podrá formular tachas e inexistencias, los cuales serán decididos en la providencia de verificación y graduación.

Cuando se trate de concordato preventivo obligatorio, la contradicción o controversia en los créditos se tramitarán conforme al artículo 1930 del Código de Comercio.

Surtido el traslado y dentro de los diez días, que anteceden a la iniciación de las deliberaciones el juez se pronunciará: 1) Sobre la calificación de cada crédito y para ello analizará la prueba de su existencia y las tachas y objeciones que en su contra se hubieren propuesto; 2) Luego acerca de la graduación, es decir, la precisión de la clase de créditos de que se trate y si goza de alguna prelación o preferencia; 3) El orden en que habrán de pagarse.

DELIBERACIONES

Llegados el día y la hora señalados en el auto de convocatoria, se iniciarán las deliberaciones de la reunión, concordatoria, las cuales se llevarán a cabo en presencia del juez quien las presidirá. Su papel no será enteramente pasivo, porque además, le corresponde el papel de conciliador.

No es muy preciso el código en la determinación de cuáles

(135)

acreedores tienen derecho a voto. Podría pensarse que lo tienen todos los relacionados en el inventario y anexos que el deudor acompañe a la demanda. Más se puede correr el peligro de que tal relación sea inexacta, o que algunos acreedores desista participar en el proceso para hacerlos efectivos, ha de tenerse en cuenta para tales efectos los aceptados en las providencias de reconocimiento y graduación de créditos, así como se estableció el art. 1924. En armonía con lo dicho, tienen derecho al voto:

- A. Los acreedores reconocidos en la providencia de verificación y graduación de créditos.
- B. Quiénes al momento de iniciar las deliberaciones, a pesar de que sus créditos fueron rechazados por el juez, sean aceptados por una mayoría de acreedores suficientes para aprobar el concordato y la aprobación expresa del deudor.
- C. Los acreedores con garantía realos que renuncien al derecho que les confiere el art. 1918.

En lo que hace relación a la duración de las deliberaciones, el código no contempla ninguna limitación. En cambio en tales condiciones la duración de ellas quedaran al arbitrio del juez, quien al determinar las cláusulas de ellas, consultará el ánimo conciliatorio y las circunstancias especiales del caso.

(130)

En tratándose del concordato recondutorio el código sin precisar tampoco la duración de las deliberaciones, establece en el art. 1860 que el juez deberá convocar a los acreedores a reuniones o generales con el deudor, con objeto de celebrar concordatos, cuantas veces lo sea solicitado por el legitimado; lo cual quiere decir que podrá intentarse el acuerdo siempre que ello sea posible, y lo será hasta cuando se empiece a dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de reconocimiento y graduación de créditos.

ADSCRIPCIÓN DEL CONCORDATO

La homologación del concordato, cuyo fundamento parece estar en la necesidad y conveniencia de proteger los derechos de los acreedores por cualquier posible abuso de las mayorías, tiene por objeto declarar con autoridad que se han cumplido las formalidades exigidas por la ley y se ha respetado principalmente el principio de la "par conditio creditorum" y que en consecuencia, tal convenio produce efectos obligatorios también frente a los acreedores ausentes y disidentes. Se dice que este acto es esencialmente ritual.

El juez deberá constatar al resolvente concurren los requisitos de forma y de fondo exigidos por el reglamento. Examinado, entonces, además de las condiciones de existencia jurídica y validez formal del proceso, los siguientes aspectos:

A. que la fórmula acordada hubieren sido votados favorable

(137)

mente por un número de acreedores que represente no menos del setenta y cinco por ciento (75%) del pasivo o créditos reconocidos y, desde luego, que tengan derecho a voto. Esto si se trata de preventivos, pues para el resolutorio se requiere el voto favorable del ochenta por ciento (80%). En el caso de los adicionales se atenderá al porcentaje establecido para el que se va a adicionar.

- B. Que el acuerdo verse sobre cuestiones susceptibles de transacción y que tenga el carácter de general, de tal manera que no implique exclusión de algún acreedor reconocido, o su discriminación injustificada. (art. 1922, 1923, 1990).
- C. Que el acuerdo haya sido aceptado de manera expresa por el deudor, lo cual es apenas lógico, pues en tratándose de un convenio, es decir, de la esencia el consentimiento de ambas partes.
- D. El art. 1920 permite que por el concepto de salario y prestaciones y créditos del fisco ciertos y causados, exigibles a la celebración del concordato, acreedores y deudor convengan formas de pagos por fuera de las partes o preferencias que les corresponde, el juez deberá constatar que tales arreglos se ajusten a las provisiones del Código Sustantivo del Trabajo y disposiciones especiales que regulan la transacción sobre esa clase de créditos.

(139)

- E. El juez, ha de verificar si existen obligaciones condicionales o sujetas a litigios, si hubieren efectuados la reserva que el último inciso del art. 1920 del código ordena hacer para atender a su pago, si se hacen exigibles.
- F. Si se trata de una sociedad y como consecuencia del concordato queda disuelta y, por tanto, debe liquidarse, es indispensable tener en cuenta la norma del artículo 246 del Código que indica la forma como debe procederse si está obligada al pago de pensiones de jubilación. Lo mismo debe aplicarse si tal obligación se refiere a otra clase de pensión periódica.
- G. Finalmente, en caso de concordato resolutorio, de conformidad con lo previsto por los arts. 1921 y 1992, el juez deberá definir lo relativo a la continuación o finalización de la Sindicatura y así se declara o no terminado el proceso mercantil de quiebra.

En cuanto a la forma y contenido de la homologación, ella revestirá las formas procesales de un auto interlocutorio - en el cual, además de declarar que se han llenado todas las exigencias de la ley y hacer un pronunciamiento expreso sobre cada uno de los puntos ya vistos, deberá contener la orden de que tanto el acta que lo contiene como la providencia aprobatoria se inscriben en todo caso, en la Cámara de Comercio y en "los demás que corresponden según la naturaleza de los bienes y las disposiciones legales".

(138)

Y para terminar, en lo tocante a la oportunidad de la homologación, lo deberá impartir el juez dentro de la misma audiencia, si se trata del Potestativo, o dentro de los diez días siguientes si es obligatorio. En el caso del Resolutorio, lo deberá aprobar dentro de los cinco días siguientes.

RECURSOS DENTRO DEL PROCESO

El código no trae previsión alguna al respecto. De allí que sea necesario acudir a los principios que regulan los recursos en el procedimiento civil.

El de reposición, como remedio general de impugnación, no presenta dificultad alguna. Por tanto se interpondrá, tramitará y decidirá conforme al código de Procedimiento Civil. Y, en cuanto a la apelación se advierte que no existe consecuencia en el sistema adoptado por el código y el que inspire el procedimiento civil. En este principio rector es el de la inapelabilidad, o sea que tal recurso proceda únicamente en los casos expresamente autorizados, regla que no tiene aplicación en el código de comercio.

La dificultad es mayor si se piensa que en la transición y aprobación del Concordato Preventivo Obligatorio intervienen, una entidad que forma parte de la rama administrativa y el juez. Sin embargo sobre este asunto el Honorable Consejo de Estado ha hecho alguna claridad, al decir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de com-

(140)

petencia para conocer de los actos expedidos por la Superintendencia de Sociedades en desarrollo del trámite del proceso concordatorio, dado que tales son jurisdiccionales. La incongruencia entre los dos estatutos, en materia de apelación, se entienda porque los redactores del código de comercio no repararon en el cambio introducido en tal materia por los Decs 1400 y 2019 de 1970 y se procedió pensando en la regla general de la apelabilidad de la ley 105 de 1931, como se desprende de los arts. 481 y 493 podía entenderse como principio el de que eran apelables las sentencias y los autos interlocutorios dictados en los procesos de dos instancias, cuya impugnación por esta vía no hubiera sido excluido expresamente.

Lo anterior ha dado lugar a dificultades en la interpretación y aplicación del código de comercio, especialmente tratándose de los concordatos, pues si bien es cierto que el art. 2010 del Cde Co. remite al Código de Procedimiento Civil para llenar los vacíos que se presentan en la sustanciación del proceso de quiebra, nada dijo en relación al trámite de los concordatos. Debiendo interpretarse para poder llenar tal vacío, mientras ese vacío y otros, se corrigen.

Aplicando, pues los principios que gobiernan la apelación en materia civil, se tiene lo siguiente:

- A. El auto que admite la demanda y convoca a los acreedores a hacerse parte en el proceso, no es susceptible de apela

ción; en cambio procede contra el que lo rechaza.

- B. El auto que rechaza la demanda, en su lugar, declara la quiebra, admite apelación como lo da a entender el artículo 1952. Esto mismo se aplicará en todos los casos de quiebra indirecta contemplado en los artículos 1915 incisos 1o y 2o, 1917 inciso 2o, 1927 y 1932.
- C. Las providencias que decida sobre la verificación y graduación de créditos, por tener el carácter de sentencia, ni estar contemplada en ninguno de los casos del art. 351 ni autorizarlo el inciso 2o. del art. 1919, no es susceptible de apelación.
- D. El auto que niegue la homologación del concordato resolutorio es apelable en el efecto suspensivo (artículo 1990 inciso final).
- E. Conforme a lo previsto por el artículo 351 numeral 4, las providencias mediante las cuales se decida algún incidente son susceptibles de apelación. De consiguiente, proceden contra los autos que deciden sobre:
 - 1) Impugnación de créditos laborales (Parágrafo Art.- 1920)
 - 2) Sobre la naturaleza, cuantía, garantías, interés y orden de pago de créditos rechazados en la providencia de verificación y se aspire sean aceptados

(142)

al iniciar deliberaciones (art. 1924).

3) Sobre la resolución del concordato (art. 1927).

F. Serán aplicables las demás providencias en que se tomen decisiones que queden comprendidas dentro de las providencias del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil.

EJECUCION O CUMPLIMIENTO

El artículo 1927 de código, aplicable también al concordato resolutorio, prescribe que el acuerdo deberá cumplirse diligentemente por el deudor, en las términos convenidos y, agrega que, mientras no sean cumplidos las obligaciones reconocidas, se suspenderán las prescripciones de las acciones de los acreedores que hayan sido reconocidas como tales en el concordato mismo. Cumplido el concordato, dice además, se extinguirán definitivamente tales obligaciones, sin perjuicio de las reservas expresamente pactadas.

Con fines o darle efectividad a esta norma, el juez deberá tomar todas las medidas tendientes a la cabal ejecución del concordato. De tal forma que si se presentarán acumulaciones de procesos y en ellos se habían practicado medidas cautelares, deberá ordenar la casación; si en el convenio se acordaron daciones en pago de bienes; deberá ordenar los trasportes e inscripciones correspondientes, así como la entrega de depósitos, en su caso, etc.

(143)

El cumplimiento de las disposiciones concordatorias, obvia como interesa a los acreedores, pues no otra cosa significa su presencia en el proceso, pero interesa de una manera especial al deudor; de una parte, porque el incumplimiento lo pueda llevar a la quiebra y las circunstancias de que se produzca en tales condiciones, agravaría su responsabilidad penal (artículo 1800) y, de otra, el incumplimiento del concordato lo privaría de la posibilidad de solicitar uno nuevo en el futuro.

No precisa el Código a quien corresponde declarar el cumplimiento; ni puede hacerlo de oficio o se requiere petición de parte y, en esta última caso, quien tenga legitimación para pedirlo. Lógicamente, la declaratoria de cumplimiento habrá de hacerla quien tenga la posibilidad de constatar que lo convenido y dispuesto en él efectivamente se cumplió. El funcionario será, entonces, en el Potestativo y en el Resolutorio, el juez que conoció de él y, en el Obligatorio, la Superintendencia de Sociedades por haber sido tal entidad la que tomó las medidas tendientes al cumplimiento y en cuyo archivo han de reposar las diligencias que culminaron con el concordato. Y, en lo que se hace a la legitimación para pedir la declaración, ella corresponde al deudor, porque nada se opone a que también pueda solicitarla algún acreedor; lo importante es que se presente la prueba del cumplimiento y ello descarta la posibilidad de que pueda hacerse de oficio.

Y en cuanto a cuestión de impugnación, entre nosotros, nin-

(144)

guno de los reglamentos de los concordatos confiere derecho de impugnación, ni siquiera a quienes por cualquier circunstancias, no concurrierón al proceso o se opusieron.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

El concordato, como contrato que es, termina normalmente con el cumplimiento de sus estipulaciones, pero, además puede extinguirse en forma contractual, es decir, por el mutuo acuerdo entre las partes, en aplicación de las normas pertinentes del C. C., a las cuales se debe acudir en caso de vacíos, tal como lo manda los artículos 2o. y 822 del Código de Comercio.

El cumplimiento, como forma normal de terminación del concordato, puede darse de manera instantánea, como cuando el acuerdo consiste en la entrega o abandono de todo el activo patrimonial a los acreedores y ésta efectivamente se entregue; o puede ser también de trazo sucesivo (renovación día a día), como sería el caso de ampliación o concesión de plazos en que el deudor se obliga a pagar por cuotas o instalamentos.

Bueno, dada la naturaleza contractual del concordato, el Código consagró expresamente para los Preventivos la acción resolutoria por incumplimiento, con alcances y efectos similares a los previstos por el artículo 1546 del Código Civil que la establece para los contratos civiles. Claro que en cuanto a la vía para hacerla efectiva y sus consecuencias -

(145)

son diferentes.

El artículo 1927 prescribe que si el deudor no cumple las obligaciones contraídas por virtud del concordato, el mismo el juez lo declarará resuelto, en forma de incidente y declarará abierto el concurso a juicio de quiebra. Y el inciso 2o. del art. 1932, al referirse al Obligatorio, previene que si el convenio no es cumplido por la sociedad deudora, la Superintendencia decretará así y enviará todo lo actuado al juez competente para conocer de la quiebra para que sea declarada y tramitada según el código de comercio.

Se consagra en tales disposiciones una sanción por incumplimiento sin condicionarla en este evento a que la solicitud del concordato se hubiere presentado estando el deudor en cesación de pagos. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas dentro del convenio equivale, al sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones a que se refiere la ley.

Cuando la resolución se refiere al Preventivo, el art. 1927 precisa que ella se hará por los trámites de un incidente, pero nada dice cuando el incumplido sea uno Obligatorio y para ninguno de ellos precisa si la resolución puede decretarse de oficio. Sin embargo, si observamos el art. 1927 al disponer que el auto que dé curso al incidente debe notificarse al deudor o previo emplazamiento conforme al código de Procedimiento Civil, se concluirá que la legitimación la tiene los acreedores, aun cuando lo abierto es que nada se

(146)

opone a que también el deudor pueda pedirlo. Lo que si se impone por lógico es que, aún en el caso del Obligatorio, - la declaratoria de resolución no puede hacerse oficiosamente y mucho menos de pleno. Será a petición de parte interesada y con audiencia de quienes fuerón parte en la formación del contrato.

En cuanto a los acreedores disidentes o ausentes, también, están legitimados para pedir la resolución del convenio, - pues, ellos son afectados con el incumplimiento y en cuanto a los ausentes, no se remite a duda que le asiste interés - jurídico como lo indica el inciso final del art. 1917, al - decir que sólo podrán perseguir el remanente de los bienes del deudor, una vez cumplido el concordato, o intervenir en el juicio de quiebra correspondiente, si hay lugar a este - por falta de concordato o por incumplimiento del mismo. - Siendo ello así, pareciera sostenible que los ausentes también - tienen legitimación.

Finalmente, en lo referente a los efectos de la resolución del concordato, de lo ordenado por los artículos 1927 y - 1932 del Código, se sigue:

- A. El juez declara la quiebra, sea que se trate del preventivo o del obligatorio en que proceda.
- B. Si se trata de obligatorios respecto de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta en que aquel tenga parte principal, directa

(147)

o indirectamente, procederá la disolución y la liquidación por la Superintendencia de Sociedades.

C. En el caso de concordato resolutorio, en el cual por no haberse cancelado todos los créditos ni convenido que finalizaría el proceso, parece sostenible que también se decretase la resolución por incumplimiento y que, como consecuencia de ello, se debe reanudar el proceso de quiebra;

D. Y para terminar, el último inciso del artículo 1027 dispone que la resolución del concordato no afectará los actos expresamente autorizados por él.

(148)

C A P I T U L O V I I
 ~~~~~

ASPECTOS PROCESALES DE LA QUIEBRA *Si'*

Como consecuencia, del incumplimiento del concordato o por las otras causas ya indicadas, se procede a la declaración de quiebra. Tema que ahora nos ocupa.

El proceso de quiebra es un extremísimo instituto en el cual todo es incierto, se sabe como principio, pero no se sabría decir como se acaba.

En primer lugar es extraño, pues no es lo normal, que siendo un proceso no halla regulado en el código de comercio que tiene carácter sustancial, y no en el código de procedimiento civil que regula todos los procesos que versan sobre litigios de derecho privado.

La razón parece ser que siendo la quiebra un fenómeno comercial, su regulación debe ser especial para los comerciantes, cuyos derechos y obligaciones mercantiles son reguladas por el código de comercio.

Así, la autorización para intentar la demanda dentro del año siguiente a la muerte del quebrado es una caducidad de la acción, que trasciende al derecho de obtener la declaración de quiebra, y apereja efectos que no son propios del cobro de las obligaciones por vía ejecutiva singular.

( 149 )

Lo mismo la obligación, que es también un derecho, de quien haya cesado en los pagos de poner su estado en conocimiento del juez en los quince días siguientes a dicha cesación, para que decreta la quiebra. La necesidad del acreedor que pide la quiebra de demostrar la cesación de pagos del deudor en dos o más obligaciones civiles, lo que configura la legitimación para pedir la quiebra, es precepto sustancial. La presunción de cesación de pagos por ocultamiento o ausencia del deudor es sustancial, así como la legitimación pasiva de los socios de sociedades mercantiles para ser declarados en quiebra. Los efectos de la declaración de quiebra son de naturaleza sustancial tal como la acumulación o atracción de los procesos de ejecución que se siguen contra el quebrado.

En el art. 1949 ordinal 5o, dispone:

«La declaratoria judicial de quiebra conlleva:

5o. La acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se siguen contra el quebrado. Con tal fin se librarán las comunicaciones del caso. Los jueces que estén conociendo de ellos los remitirán de oficio y sin dilación al juez de la quiebra, en el estado en que se hallen, pero las apelaciones que se hayan concedido contra providencia de aquellos jueces seguirán su trámite legal hasta por sucesivos por su respectiva recuperación». Igualmente, el señalamiento de la fecha de la cesación de pagos, la sustitución del quebrado Síndico respecto a actos y contratos efectuados por aquel y su legitimación para promover la demanda de renovación, simulación etc, etc.



( 150 )

En segundo lugar es extraño que el proceso del concurso del deudor mercantil, llevado a quiebra, y el de concurso de acreedores del deudor civil sigan procedimientos diferentes. Y, a pesar de que el artículo 570 del C. P. C. dispone que a todo se apliquen en lo pertinente las normas de aquel, resulta claro que el proceso debe unificarse, pues la situación es similar y ambos casos el proceso se inspira en un interés público, desde que el deudor civil puede no utilizar adecuadamente el crédito Estatal y el privado para fines sociales.

La unificación es, pues conveniente mediante una misma ley que regule toda la materia, con lo que pondría fin al antitético sistema que regula un proceso en un código sustancial, esto cuando la quiebra genuinamente hablando, puede sobrevenir tanto al deudor civil como al comerciante.

En tercer lugar es extraño que el proceso contenga la parte civil o mercantil y la parte penal de la quiebra, cuando generalmente unas y otras cuestiones se siguen ante los jueces de los respectivos ramos en busca de la especialización.

Esta acumulación, consagrada aunque no regulada en el decreto 750 de 1940 ofrece indudables ventajas, pero ofrece igualmente serias dificultades.

Es lo de más el sistema adoptado en el actual código de comercio, en cuyo artículo 2003 se ha previsto expresamente que "el juez que declare la quiebra aprehenderá privativamente y en cuaderno separado la tramitación y decisión del

( 151 )



proceso penal", agregando que, "el mismo juez tendrá competencia para investigar y sancionar en forma exclusiva - los delitos indicados en los artículos anteriores y conexos con ellos".

El sistema tiene desde luego, una tradición relativamente remota en el derecho del país. Porque en el código Español de 1829 - que fue adoptado en forma más o menos completa en el país por medio del código de 1853, que en esta parte rigió hasta la adopción del código de Panamá en 1867 - se previó que en todo procedimiento de quiebra debía hacerse la calificación que le correspondiera para efectos penales, según las clases de quiebras provistas desde las Ordenanzas de Bilbao y conservadas en su sustancia en el código mencionado. El expediente de calificación de la quiebra como se lleve, debía ser formado - por separado por el respectivo juez quien adelantaba la investigación correspondiente hasta colocarlo en estado de hacer la calificación del caso por parte del tribunal de comercio; si la quiebra configuraba una simple suspensión de pagos o una insolvencia fortuita, el tribunal ordenará poner en libertad al quebrado, si todavía se hallaba detenido; si se configuraba una insolvencia culpable, el tribunal imponía una pena correccional de reclusión", de dos meses a un año ; y si la quiebra se configuraba como "Insolvencia fraudulenta" o "alzamiento" el tribunal debía remitir el expediente de calificación de la quiebra a la jurisdicción real ordinaria para que procediera de acuerdo a las leyes. De manera, que el decreto -

( 152 )

750 de 1940 no hizo sino salvar esa tradición, aunque avanzó más en la idea de acumular los dos procesos, porque se encomendó al mismo juez de la quiebra no sólo el sumario, sino también el juicio penal correspondiente, para imponer al mismo juez las penas o que hubiera lugar, cualquiera que fuera la calificación de la quiebra.

La experiencia de la acumulación de los dos procesos no fue favorable durante el tiempo que estuvo vigente el decreto 750 de 1940 más aún se llegó al extremo de invertir el sistema para hacer hasta cierto punto inamanzables los propósitos que han inspirado el régimen penal de la quiebra constituido en la parte sustantiva por una serie de delitos no siempre previstos en los Códigos penales; delitos a los cuales no es ajena la idea de que el comerciante es un profesional con deberes propios en su actividad profesional de comerciante. Así fue como se impuso en la jurisprudencia la tesis de que, al asumir el juez de la quiebra la investigación y sanción de los delitos relacionados con ella, absorbe también, la investigación y sanción de cualesquiera otro delitos que en alguna forma hubieran influido en la quiebra, para perder existencia autónoma de delitos con sanciones propias y de general en simples elementos del primer, con los cuales se consiguieron los resultados opuestos al sistema de la quiebra y a los propósitos que lo inspiran en materia de represión o de la culpa o fraude del deudor; por ejemplo, se hicieron excarcelables delitos respecto a los cuales estaba excluido ese beneficio como la estafa, la falsedad y el abuso de confianza.

( 153 )

omitiendo la dificultad doctrinal que representa la idea de reprimir penalmente determinadas omisiones o actos de los comerciantes opuestos a la buena fé comercial y a la diligencia implícita en esa buena fé, hay una dificultad de orden hasta cierto grado meramente procesal, cuya solución no ha sido favorable en materia de quiebra. Por el primer aspecto y dentro de una tendencia que ha avanzado bastante, como es la elaboración doctrinal y legal de un derecho penal y comercial, es importante que dentro de un estatuto de quiebra se tipifiquen esas omisiones o actos que deben sancionarse penalmente para proteger el orden general jurídico comprometido con la conducta del comerciante, que atenta contra el manejo cuidadoso de su patrimonio y contra la buena fé que debe dominar en su relaciones con los acreedores; por eso es común en las leyes sobre quiebras este procedimiento, que permite sancionar en el comerciante omisiones o actos que en el no comerciante no son punibles, porque no tienen o no proseguir subordinada al cumplimiento o consecución de las dos finalidades perseguidas. Las mismas consecuencias de desorden que pueden producirse cuando se trata de un comerciante vinculado activamente y constante con la vida económica en general, puede producir perturbaciones en esa misma vida.

Es conveniente que la investigación y sanción de esas omisiones o actos punibles en el comerciante declarado en quiebra deberían encomendarse o atribuirse a jueces especializados, distinto de los jueces penales comunes,

( 154 )

para no desvirtuar con los crímenes propios del derecho penal, la idea y los propósitos que justifican su sanción penal respecto del comerciante. Además, la investigación de la conducta del comerciante es necesaria para los efectos del proceso de ejecución, para ejercer por ejemplo, los acciones de revocación destinada a reintegrar el patrimonio del quebrado. Privados los efectos de los actos con los cuales haya atentado contra la prenda común de los acreedores o contra la Par Condictio de los mismos. Por lo cual, por economía procesal y para no desintegrar los propósitos de la institución de la quiebra se justifica el sistema del derecho vigente, es decir, el desarrollo simultáneo del proceso de ejecución y del penal por parte del mismo juez, quien en principio tiene idoneidad suficiente para investigar esos delitos típicamente mercantiles que en la mayoría de los casos tiene una historia común con las causas y las modalidades del estado de quiebra.

Dentro de un criterio realista, es recomendable y necesario renunciar a la concepción integral para que el juez de la quiebra, se limite a conocer de la investigación y sanción de los delitos configurados o puestos de presente con ocasión de la declaración de quiebra; aunque es necesario tipificar de manera completa esos delitos, separadamente del código penal como suele hacerse en las legislaciones sobre quiebras y, se ha hecho en los arts. 1933 siguientes del código de comercio. Pero no es recomendable, separar totalmente las dos finalidades de la institución de la quiebra,

( 155 )

y debe mantenerse la rehabilitación del quebrado, para poner fin a las interdicciones producidas con la quiebra como la inhabilidad o prohibición para ejercer el comercio, en su caso que debe seguir subordinada al cumplimiento o consecución de las dos finalidades perseguidas con el proceso de ejecución y con el penal, como se prevé en los artículos 2006 y siguientes del estatuto mercantil.

En cuanto a su naturaleza es extraña y sobre la cual existen controversias entre los autores y las legislaciones.

Aunque no se niega que se trate de un proceso universal, porque dentro de él se liquida el patrimonio del quebrado por un liquidador o mandatario establecido por la ley cual es el Síndico, con el fin de pagar los créditos de un deudor. Lo que determina la atracción de los procesos ejecutivos que cursen contra aquel y la imposibilidad futura de promover otros, para lo cual se emplea a todos los acreedores a que se presenten a concurso.

La naturaleza del concurso se determina y considera como una especie dentro del género proceso ejecutivo, con pluralidad de acreedores, ya que su principal finalidad es el pago de sus respectivos créditos que aparezcan cierto, hasta donde alcance la realización de los bienes del deudor, dentro del cual procede actualmente la investigación y sanción de los delitos en que incurrió el quebrado y que fueron conexos con la quiebra, lo que implica una acu-

( 166 )

mulación, que determina que no es un ejecutivo común. Por otra parte, encontramos el aspecto de la liquidación del patrimonio del concursado con los efectos - propios de toda liquidación y la administración de ese patrimonio por el Síndico y la junta de acreedores, - pues ésta presenta modalidades equivalentes al secuestro, a pesar de no haberse regulado la confluencia de atribuciones entre Síndico y Secuestro. Pero no obstante, no se transforma en un procedimiento administrativo, ya que, guardadas proporciones, se presenta igual en el proceso ejecutivo con pluralidad de acreedores. Por otro aspecto, el proceso de quiebra es contencioso, mientras que el de la liquidación es de jurisdicción voluntaria, salvo cuando se impugna la participación.

Ahora, no afecta su naturaleza los efectos sustanciales de la declaración de quiebra, sobre la incapacidad jurídica del quebrado para actos de orden patrimonial y la - cancelación de su registro mercantil; ni la exigibilidad de sus deudas a plazo, ni la disolución de la sociedad queb - quebrada, la suspensión de sus administradores y la inhabilitación para ejercer el comercio; ni la formación de ese patrimonio autónomo, pero sin personería jurídica, - denominado masa de bienes de la quiebra, que implica tam - bién el desamparamiento, que no es una expropiación de los bienes del quebrado sino la suspensión de sus facultades administrativas y dispositivas sobre aquellos, en garantía de los acreedores; ni el señalamiento de la cuota alimentaria para el quebrado y las personas a quie-

nes por ley los deba; ni por la imposibilidad del ejercicio de guarda, ni constituir causal de separación de bienes, el bien procesalmente son consecuencias de auto que declara la quiebra, que como su nombre lo indica tiene carácter declaratorio ello no alcanza a desvirtuar el carácter prevalementemente ejecutivo del proceso concursal.

Por fin, las distintas medidas cautelares que pueden tomarse, propias varias de ellas de este proceso tampoco definen su carácter de ejecutivo concursal, pues la cautela es propia del proceso ejecutivo singular así como del declarativo en ciertos casos, como el ordinario con inscripción de demanda, los de familia, etc. y aún del proceso voluntario de sucesión. Claro está que el alcance cautelar es más amplio por su carácter universal, pero ello no indica que sea de naturaleza cautelar, y el que el *Per Conditio Creditorum* no es una forma de cautela, pues el objeto del proceso no es crear igualdad entre los acreedores sino procurar el pago de sus créditos.

Obviamente, el auto con que comienza el proceso es de declaración constitutiva, pues en su mayor parte crea, modifica o extingue relaciones jurídicas, por lo cual es una providencia de conocimiento que debiera dictarse previo el conocimiento sumario del deudor para provocar luego un conocimiento contradictorio.

El Dr. Davis, opina que sería conveniente que se declarara la quiebra una vez citado el deudor, pero practicadas addi



das cautelares previas una vez citado el deudor, pero -  
 practicadas medidas cautelares previas sobre sus bienes.  
 El régimen vigente es también extraño en la órbita proce-  
 sal.

Y es también extraño que el proceso tenga una estructura  
 diferente a la del ejecutivo singular con pluralidad de  
 acreedores, ya que el emplazamiento se hace a todos los  
 que se consideren con derecho a intervenir, para que se  
 hagan parte en su oportunidad, de donde se colige que -  
 aún los acreedores desprovistos de títulos ejecutivos -  
 pueden hacerlo; y para que sus créditos puedan configu-  
 rar en la graduación que efectúa la sentencia, deben ha-  
 ber adquirido carácter de indiscutibles en el término -  
 de pruebas, como todos los que obren en título de la na-  
 tureza indicada y no haber sido objeto de excepciones -  
 demostradas en el mismo término.

**C O D I G O D E C O M E R C I O**

Examinando la cuestión sobre estas dos interesantes instituciones del derecho mercantil, nos encontramos frente a grandes vacíos que no permite el desenvolvimiento efectivo de las mismas. Así, los trabajadores elementos importantes dentro del engranaje empresarial, se encuentran desprotegidos, ya que, la institución concordataria por ejemplo: se estatuyó sólo para proteger al comerciante de buena fe o incluso, la mayoría de los ve ces comerciantes inescrupulosos se benefician de ellas.

También observamos las deficiencias técnicas jurídicas, como es la de regular un procedimiento en un Código Sustantivo, como sucede con la quiebra.

Tampoco se consigue límite para las deliberaciones entre el deudor y sus acreedores, tendientes a celebrar el convenio objeto del proceso. Todo que sin esas publicaciones no puede adelantarse el procedimiento. Produciéndose una dilación innecesaria.

Igualesente, la ley no fija ningún plazo para realizar las publicaciones del edicto en virtud del cual se emplaza a los acreedores para hacerse parte en el concordato. Interrumpiéndose el procedimiento, sin una razón de fondo que lo justifique.

El Código de Comercio señala que el balance que se debe presentar con la solicitud de concordato debe haber sido

elaborado "con no menos de un mes de anterioridad" a su presentación lo que significa, que pueden presentarse cuentas que no van a reflejar la situación actual del patrimonio del comerciante, provocando un conocimiento desactualizado para el funcionario competente y para los acreedores.

Otro aspecto, es el de la Cesación de pagos, presupuesto importante para solicitar Concordatos o declarar la quiebra del comerciante incumplidos. Nos encontramos con normas, que no se compatibilizan con la realidad socio-económica de nuestro país.

Por todo lo anterior y mucho más que escapan en este momento a la nominación que hago, se hace indispensable una revisión de estas instituciones, renovarlas, adecuarlas al medio y al momento histórico que vivimos. Conviene entonces, llenar estos vacíos y establecer criterios seguros ágiles, sin marginar desde luego, los derechos que le asisten al deudor, la igualdad jurídica de todos los acreedores, la equidad en las decisiones y los acuerdos en los que culminan el concordato y la protección de los terceros afectados.

Y una de esas soluciones posibles, sería la de exigirle a los comerciantes que solicitan el beneficio concordatario, condiciones que avalen su seriedad y que permitan a las autoridades crear con fundamentos que el peticionario agotó los medios normales a su disposición para enfrentar la crisis antes de acudir al concordato. Con lo anterior, se

( 161 )

acabaría el mal uso que de ello hace el comerciante sin -  
escrúpulos.

Sería un buen comienzo.

**B I B L I O G R A F I A**  
**\*\*\*\*\***

**CESACION DE PAGOS  
 EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES .... JESUS M. SANGUINO S.**

**EL CONCORDATO NO COSIJA  
 IRRESPONSABILIDADES, SOLO ES  
 PARA EL BUEN COMERCIANTE ..... POR ROBERTO GERLEIN C.  
 (EXMINISTRO DE DESARRO-  
 LLO)**

**CONCORDATOS Y QUIEBRAS  
 DE LOS  
 COMERCIANTES ..... COLEGIO DE ABOGADOS DE MEDELLIN**

**EL CONCORDATO PREVENTIVO ..... POR GERENCIA DE PLANEACION  
 DIC  
 (BOLETIN ECONOMICO DEL DIC)**

**INTRODUCCION  
 AL  
 DERECHO MERCANTIL ..... JOSE IGNACIO MADVAEZ GARCIA**

**NUEVO CODIGO DE COMERCIO  
 JURISPRUDENCIA Y COMENTARIO .... EDICIONES CRITICA JURIDICA**

**CODIGO CIVIL  
 COMENTADO ..... JORGE ORTEGA TORRES**

CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO CIVIL ..... JORGE ORTEGA TORRES

TRATADO ELEMENTAL DE  
DERECHO ROMANO ..... EUGENE PETIT

PRUEBAS JUDICIALES ..... JORGE CARDOSO ISAZA

PRINCIPIOS DEL  
DERECHO PROCESAL CIVIL ..... MARCO GERARDO ROMERO C.

DERECHO  
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO ..... JACOBO PEREZ E.

CONCORDATO COMO INSTITUCION  
PROCESAL ..... HORACIO BENTON GIL

## I N D I C E

|                                                            | págs.     |
|------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUCCION .....                                         | 1 - 3     |
| GENERALIDADES DE LOS<br>PROCESOS CONCURSALES .....         | 4 - 25    |
| BREVE HISTORIA DE LOS<br>PROCESOS CONCURSALES .....        | 26 - 42   |
| PRESUPUESTOS DE LOS<br>PROCESOS CONCURSALES .....          | 43 - 80   |
| DE LA ACCION DE<br>REVOCACION CONCURSAL .....              | 85 - 107  |
| LA CESACION DE PAGOS<br>EN NUESTRO DERECHO MERCANTIL ..... | 100 - 117 |
| EL CONCORDATO COMO INSTITUCION<br>PROCESAL .....           | 118 - 147 |
| ASPECTOS PROCESALES DE LA<br>QUIEBRA .....                 | 140 - 150 |
| CONCLUSIONES .....                                         | 159 - 161 |