

LOS PROCESOS CONCURSALES NUEVA REGLAMENTACION

Dr. RAFAEL H. GAMBOA SERRANO

En la pasada legislatura el Congreso Nacional expidió una ley por medio de la cual se introducen reformas al Código de Comercio; esta ley aún no ha sido sancionada por el Presidente de la República pues ha formulado algunas objeciones, que deben ser resueltas por el legislativo.

Dentro de dicha ley, en el Título Segundo se establece el "Régimen de los Procesos Concursales". Esta ley regirá a los seis meses de su promulgación, la cual aun no ha sucedido.

Esta ley prevé la modificación total de los Procesos Concursales, tema al cual voy a referirme.

Son básicamente dos las reformas sustanciales: (i) la unificación del procedimiento, y, (ii) la desjudicialización de algunas actuaciones.

LA UNIFICACION DEL PROCEDIMIENTO

En punto a procesos concursales actualmente tenemos, sin contar los casos de las entidades financieras y otras con regímenes especiales:

- Concordato Preventivo Potestativo;
- Concordato Preventivo Obligatorio;
- Quiebra;
- Concurso de Acreedores; y
- Cesión de Bienes.

Existen pues cinco procedimientos para tratar una misma situación, y la diferencia radica fundamentalmente en la naturaleza del deudor; y es así como:

Unas sociedades comerciales están sujetas a Concordato Preventivo Potestativo ante la Superintendencia de Sociedades.

Otras sociedades comerciales están sujetas a Concordato Preventivo Obligatorio ante la Superintendencia de Sociedades.

Las sociedades civiles pueden acudir a Concordato Preventivo ante el Juez Civil del Circuito o Especializado.

Las personas naturales deudores civiles pueden acudir a Concordato Preventivo ante el Juez Civil del Circuito o Especializado.

Las personas naturales comerciantes, pueden ser declaradas en quiebra.

Las sociedades comerciales pueden ser declaradas en quiebra ante el Juez Civil del Circuito o Especializado.

Los deudores civiles, personas naturales o jurídicas, pueden ser sometidos o solicitar el Concurso de Acreedores.

Los deudores civiles, personas naturales o jurídicas, pueden hacer Cesión de Bienes.

Como se ve, existe una profusa gama de posibilidades que contribuye a la confusión y a la pérdida del objeto del proceso que es la solución de las obligaciones.

Todo esto llevó a la Comisión, de la cual tuve el honor de formar parte, a concluir que era indispensable unificar los trámites y dejar de lado los conceptos de "empresario", "comerciante", "deudor civil", y adoptar un criterio simple: ¿cómo se llama quien debe? pues DEUDOR, así a secas; y ¿cómo se llama a quien le deben? pues ACREEDOR, y así fue como se consignó en la ley.

Cabe preguntar: ¿actualmente habrá alguien que sea un deudor meramente civil? Parece ser que la respuesta es: nadie.

Pero aún hay más y es un fenómeno relativamente nuevo; actualmente existen algunas o muchas personas jurídicas de derecho civil que pueden llegar a un estado tal de insolvencia que amerite la apertura de un proceso concursal, sin que para ello esté preparado el aparato judicial.

Un club social (Abogados), un club deportivo (Santa Fe), una corporación (El Minuto de Dios), una fundación (FES), un hospital, pueden caer en

insolvencia y en ese caso deberán acudir al trámite de un concurso de acreedores ante un juez; el juzgado no tiene la infraestructura necesaria para atender esos procesos.

¿Quién de nosotros ha tramitado, intervenido, o siquiera conocido de un proceso de Concurso de Acreedores o de Cesión de Bienes?

Y en tratándose de comerciantes el asunto no es muy diferente. Entre otras muchas, hay dos cosas que no conozco: ni una factura comercial propiamente dicha, ni una quiebra que termine.

De ahí que, consecuente con esas realidades, la ley las recogió y resolvió derogar lo existente y estructurar el Proceso Concursal en dos etapas, una fase concordataria y una fase liquidatoria.

Derogaciones.- A partir de la vigencia de la ley se deroga expresamente lo siguiente:

- Todas las normas referentes al concordato;
- Todas las normas referentes a la cesión de bienes;
- Todas las normas referentes a la quiebra.

Despejado así el camino, la ley entra a construir de nuevo, partiendo de un punto cero y divide el proceso en dos etapas: una concordataria y una liquidatoria.

Competencia.- Si se trata de deudor persona jurídica, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades; si se trata de deudor persona natural, le corresponde al juez civil del circuito o especializado.

Supuestos.- Para acceder al procedimiento concursal se requiere de las siguientes condiciones

- Incumplimiento en el pago de dos o más obligaciones mercantiles de contenido patrimonial con mora superior a 18 días.
- Encontrarse en graves y serias dificultades para cumplir
- Tener temor de llegar a incumplir:

Iniciativa.- Le corresponde al deudor, al Superintendente de Sociedades de oficio o a solicitud de un acreedor o del juez que conoce de un proceso ejecutivo contra persona jurídica cuando los bienes embargados son insuficientes, o al juez de oficio o a solicitud de un acreedor de persona natural en el mismo supuesto que los bienes embargados sean insuficientes.

Primera etapa.- Comprende una fase exclusivamente concordataria y que corresponde a un proceso preventivo típico, en el cual campea lo que ha venido a denominarse como la "Pacificación del Proceso", en el cual prevalece el acuerdo de las partes, el avenimiento conciliatorio, conservándose el régimen de mayorías para la votación de un acuerdo concordatario.

Cuando se adelanta ante el Superintendente de Sociedades, éste debe adelantar unas diligencias preliminares, que comprenden una visita al deudor y un diagnóstico del problema conjuntamente con unas soluciones al problema, si es que existen, y la propuesta de introducir correctivos a la marcha de los negocios. Si se trata de deudor persona natural, no hay lugar a estas diligencias preliminares.

Hecho lo anterior, se dispone la apertura del trámite concursal; en esa providencia se designa un Contralor y una Junta de Acreedores; se dispone el emplazamiento de los acreedores y se ordena que telegráficamente se le avise a los que se hayan relacionado en la solicitud, cuando es a petición del deudor. Se ordena la inscripción de la providencia en la oficina correspondiente y se pueden adoptar medidas cautelares.

El término del emplazamiento de los acreedores es de diez días y disponen de diez días más para hacerse parte.

De los créditos presentados por los acreedores y por el deudor, se corre traslado por diez días para que puedan ser objetados; de las objeciones se corre traslado por cinco días.

Vencidos los términos anteriores, se cita para un audiencia preliminar, que tiene como objeto que se concilien las objeciones, si las hay, y eventualmente que se llegue a un Concordato.

Si no hay concordato, se procede a decidir las objeciones presentadas; aquí hay puntos novedosos. Por ejemplo, como al proceso llegan todas las ejecuciones, si hay excepciones pendientes, éstas se tienen como objeciones.

Si en la audiencia preliminar no se llega a un concordato, se procede a decidir las objeciones, previo término probatorio si es el caso, y se hace el reconocimiento y graduación de los créditos.

En firme lo decidido, se cita para una audiencia final, con miras a llegar a un Concordato. Si lo hay, se aprueba y termina el proceso. Si no lo hay, se pasa a la etapa siguiente.

Segunda etapa.- En vista del fracaso del concordato, se pasa a una fase liquidatoria, que asume el carácter de proceso represivo (el anterior era preventivo).

A esta etapa se llega cuando (i) no ha habido concordato, (ii) cuando éste se ha incumplido, o (iii) cuando hay evasión del deudor.

- Al iniciarse el trámite se dispone:
- El embargo, secuestro y avalúo de todos los bienes del deudor;
- La aprehensión de la contabilidad;
- La inscripción en el competente registro;
- La designación de un Liquidador y su inscripción en el competente registro;
- El emplazamiento de los acreedores.

La providencia y la designación del Liquidador deben inscribirse en el competente registro, no solo en la Cámara de Comercio, porque como cabe con respecto a cualquier persona jurídica, esa inscripción deberá hacerse en la misma oficina que certifica sobre su existencia y representación legal.

El Liquidador.- En esta fase y como novedad importante está la figura del Liquidador, pues se acaba con el Síndico.

El Liquidador se designa de una lista elaborada por la Superintendencia de Sociedades y puede ser o una persona natural o una entidad fiduciaria, o una persona jurídica especializada.

El Liquidador es el representante legal del deudor y como tal le corresponden muy amplias facultades incluso las de transigir, comprometer, novar, conciliar o desistir, previa autorización de la Junta Asesora.

De igual manera le corresponde al Liquidador la función de pagarle a los acreedores, previa enajenación de los bienes de manera libre, sin necesidad de remate judicial.

Presentación de créditos.- El término va desde la providencia de apertura, más el término de fijación del Edicto emplazatorio (10 días), y 20 días más.

Si a la etapa liquidatoria se llega como consecuencia del fracaso de la etapa concordataria o del concordato, los acreedores ya reconocidos no tienen que hacerse presentes nuevamente. Los acreedores extemporáneos del Concordato, pueden hacerse presentes dentro del término indicado.

Con relación a los créditos presentados al Concordato, no hay posibilidad de objeción, salvo por hechos ocurridos con posterioridad.

Cuando la obligación que se presenta es distinta de pagar suma de dinero, el acreedor debe estimarla en dinero; es lo mismo que ocurre en el proceso ejecutivo,

cuando se demandan perjuicios compensatorios. Así se hará en el proceso concursal, que al fin y al cabo es un ejecutivo grande.

Acciones revocatorias.- Quedan las mismas existentes y se agrega que cabe en caso de simulación. Deben interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria del auto de graduación y calificación de créditos. Se tramitan por el proceso verbal de mayor y menor cuantía.

Estas acciones pueden ser iniciadas o por el Liquidador o por cualquiera de los acreedores reconocidos, lo cual es nuevo.

También hay otro punto novedoso y es el incentivo para que se le dé al acreedor que inicia y gana la acción revocatoria: se le reconoce una recompensa del 10% del valor del bien que se recupere o del beneficio que directa o indirectamente se reporte para la masa.

El pago a los acreedores.- El Liquidador procede a la venta de los bienes, directamente o por intermedio de una entidad especializada.

Los bienes que se coticen en Bolsa, se venden a través de ésta.

Con el producto de los bienes, el Liquidador procede a pagar a los acreedores de conformidad con lo dispuesto en el auto de calificación y graduación de créditos.

LA DESJUDICIALIZACION

Hay que distinguir entre la desjudicialización y desjurisdiccionalización.

Desjudicializar implica una de dos cosas, o ambas: i. quitarte al juez funciones que no son jurisdiccionales propiamente dichas; ii. trasladarle a otros funcionarios, funciones que sí son jurisdiccionales.

Para ello se toma como fundamento el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, que determina quiénes administran justicia, conforme al cual:

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

En el caso de los Procesos Concursales, se desjudicializan los que corresponden a personas jurídicas y por ello se le da esa función de manera precisa a la Superintendencia de Sociedades.

Fundamentalmente se llegó a esa conclusión simplemente por la mejor capacidad operativa que tiene, por la experiencia ya acumulada y hasta por la infraestructura.

La experiencia ha demostrado que cuando se trata de personas jurídicas, hay muchos acreedores a los cuales hay que reunir; en un juzgado no hay ni espacio.

Además, si el juez se ocupa de ese trámite concursal, muy seguramente se le entrará toda la marcha del juzgado, en detrimento de los demás asuntos a su cargo. Vgr. el caso de Paz de Río, en el cual, según me han informado, hay más de cinco mil acreedores. ¿Qué le ocurriría al juez y al juzgado? Mientras resuelve esas miles de solicitudes ¿cuánto tiempo tarda y qué le ocurre al resto de los asuntos a su conocimiento?

Por el contrario, cuando se trata de deudor persona natural es muy improbable que se presente un número excesivo de acreedores que desborde la capacidad del juzgado.

Por último, no hay lugar a remate debienes por parte ni del Superintendente ni del Juez; todos sabemos lo que es un remate y cómo quizás el peor vendedor es el juez.

En el nuevo proceso le corresponde al Liquidador la venta de los bienes y con su producto proceder a pagar los créditos, según lo dispuesto en la respectiva providencia.

Las objeciones por inconveniencia.

Son dos las que formula el Presidente de la República en mensaje enviado al Presidente de la Cámara de Representantes:

1ª. Sobre la competencia. Dice la ley que donde no exista oficina de la Superintendencia de Sociedades, ésta puede delegar el trámite en las oficinas jurídicas de las gobernaciones.

El Gobierno objeta porque puede llevar a confusiones respecto de las competencias y propone que en esos casos la competencia corresponda el juez ordinario.

Es atinada la observación, máxime si se tiene en cuenta que en todas las capitales hay oficinas de la Superintendencia de de Sociedades.

2ª. Sobre los supuestos.- Dice la ley que una de las causales para iniciar el trámite es "el incumplimiento de dos o más obligaciones mercantiles de contenido patrimonial por un palzo mayor a 180 días".

El Gobierno objeta porque a su juicio:

- está fuera de la filosofía del proyecto, que tiene en cuenta es el estado general del deudor, en donde se consideraban tanto la liquidez como la insolvencia.
- que implica un riesgo de chantaje para las empresas, pues cualquiera puede estar en esa situación de dos obligaciones insolutas.
- que puede dar lugar a injusticias, en la medida en que el impago de dos o tres obligaciones no necesariamente implica una situación grave, especialmente en las grandes empresas.

Y al respecto propone que se vuelva al texto del proyecto original: incumplimiento en el pago regular de sus obligaciones de contenido patrimonial.

Es este un punto que ha sido bastante cuestionado en la doctrina y tratado de diferentes maneras por la ley.

En el Código de Comercio, originalmente, el artículo 1910 determinaba como causal el suspender o temer suspender en el pago corriente de las obligaciones. Posteriormente el Decreto 340 de 1989 lo cambió por "imposibilidad de cumplir".

Personalmente fui partidario de acoger un sistema más objetivo, en lugar del subjetivo del "pago regular".

En ese orden de ideas existe en la ley una previsión que ha sido tomada del Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica: también cabe el proceso cuando en una ejecución los bienes embargados son insuficientes, salvo que se haya prestado caución.

Habrà que esperar la decisión del Congreso al respecto, para determinar la fecha de vigencia del nuevo ordenamiento.