

OFICIO 220-126820 DEL 20 DE JUNIO DE 2016

ASUNTO: ACREENCIAS NO RELACIONADAS POR EL DEUDOR O EL PROMOTOR Y CONSECUENCIAS DE TAL OMISIÓN.

Me refiero a su escrito radicado con el número 2016- 01- 252116, mediante el cual formula una consulta relacionada con los alcances del artículo 26 de la Ley 1116 de 2006, en los siguientes términos:

1. Cuál es el juez competente para perseguir los bienes de los administradores, contadores y revisores fiscales de la sociedad en reorganización?
2. Existe algún término de caducidad para iniciar esta acción?
3. Este derecho del acreedor defraudado procede incluso en los casos en que la sociedad concursada haya sido remitida a liquidación obligatoria como resultado del incumplimiento del acuerdo suscrito?
4. Cuál es el mecanismo idóneo para determinar los nombres e identificación de los administradores, contadores y revisores fiscales de la sociedad en reorganización; en contra de quienes se puede iniciar la acción para perseguir sus bienes?
5. En caso de que el acreedor defraudado quiera presentar una denuncia penal por los hechos indicados en la norma objeto de consulta, cuáles serían los delitos que podrían servir de base para esta denuncia? Se trata de un tipo penal independiente o la conducta debe adecuarse a un tipo penal ya existente?

Al respecto es preciso señalar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Superintendencia, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados así como por los usuarios y particulares sobre las materias a su cargo, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo, que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, menos a instruir en asuntos relacionados con acciones que se pretenda instaurar frente a otras autoridades.

Bajo ese presupuesto, a título meramente informativo es pertinente efectuar las siguientes precisiones a la luz de la Ley 1116 de 2006:

i) Al tenor de lo previsto en el artículo 26 ibídem, “Los acreedores cuyas obligaciones no hayan sido relacionadas en el inventario de acreencias y en el correspondiente proyecto de reconocimiento y graduaciones de créditos y derechos de voto a que hace referencia esta ley y que no hayan formulado oportunamente objeciones a las mismas, solo podrán hacerlas efectivas persiguiendo las bienes del deudor que queden; una vez cumplido el acuerdo celebrado o cuando sea incumplido este, salvo que sean expresamente admitidas por las demás acreedores en el acuerdo de reorganización.”

No obstante, las acreencias que, a sabiendas, no hubieren sido relacionadas en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y que no estuvieren registradas en la contabilidad, darán derecho al acreedor de perseguir solidariamente, en cualquier momento, a los administradores, contadores públicos y revisores fiscales, por las daños que le ocasionen, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar”. (El llamado es nuestro).

ii) De la simple lectura de la norma se desprende, de una parte, que los acreedores que no sean relacionados por el deudor y que no concurren al proceso a hacer valer su reclamación, no podrán perseguir el pago de su acreencia sino una vez cumplido el acuerdo o cuando este sea incumplido, a menos que sean admitidos por los restantes acreedores, regla que reivindica el carácter universal del proceso. De otra parte, que a más de las sanciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar, la ley consagra una responsabilidad solidaria para los administradores, contador y revisor fiscal, cuando a sabiendas no hubieran relacionado la totalidad de las acreencias.

De manera expresa se advierte que la responsabilidad en tal caso, no se genera por la sola omisión, sino que requiere un elemento subjetivo referido a conocer la existencia de la obligación y la voluntad de omitirla.

iii) Ahora bien, para entender el mecanismo de responsabilidad de que trata la norma citada, es necesario consultar en su contexto el proceso de reorganización, atendiendo entre otros que para ser admitido al proceso, **el deudor concursado** debe elaborar el proyecto de calificación y graduación de créditos, incluidas todas las obligaciones claras expresas y exigibles, litigiosas o contingentes, con base en todos los elementos de juicio a su disposición, en particular la contabilidad y sus soportes, la cual debe presentarse con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud.

Por su parte, **el promotor**, con base en la información entregada por el deudor y demás elementos de prueba que aporten los interesados, actualizará el proyecto de calificación y graduación de créditos, incluyendo aquellas causadas entre la

fecha de corte presentada con la solicitud de admisión al proceso de reorganización y la fecha del inicio del mismo, en los términos del régimen de insolvencia.

Es decir, que el promotor asume su responsabilidad a partir de la entrega de la información por parte del deudor, y éste procede a la actualización correspondiente, pero su responsabilidad no ha de ser mirada a la luz del artículo 26 op. cit., según puede advertirse en seguida:

En efecto, en el trámite de reorganización el legislador no previó etapa de presentación de créditos por parte de los acreedores, para ser calificados y graduados, sino que esa tarea se la asignó al ente societario, lo que explica la responsabilidad que tienen los administradores, revisores fiscales y el contador en la elaboración del proyecto de calificación y graduación de las obligaciones del deudor concursado.

Es así, como ya se ha dicho, que dentro del proceso de reorganización, las acreencias que a sabiendas no hubieren sido relacionadas en dicho proyecto y que no estuvieren registradas en la contabilidad, dará lugar al acreedor de perseguir solidariamente, en cualquier momento, a los administradores, contadores públicos y revisores fiscales, por los daños que le ocasionen, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, conforme lo prescrito en el artículo 26 de la Ley 1116 de 2006.

Según la disposición aludida es claro que esta acción no procede contra del promotor en el proceso de reorganización, como tampoco del liquidador, considerando en primer lugar que el texto de la norma no lo previó.

Además, si se analiza el texto legal con detenimiento, se observa como el legislador lo limitó únicamente al capítulo del inicio del proceso de reorganización o mejor al trámite de reorganización, y no lo hizo extensivo al trámite de liquidación.

Adicionalmente y teniendo como referente la limitación del alcance de la referida disposición al proceso de reorganización, es por lo que se excluye al liquidador, como al promotor, por cuanto éste no ha participado en la elaboración del proyecto de calificación y graduación de créditos que se presenta con la solicitud de reorganización, sino es hasta después cuando el representante legal le entrega la información para ser actualizada dentro de la actuación procesal respectiva; no es otro el sentido del texto, y no puede dársele otra interpretación amén de que no le es dable al interprete desconocer su sentido, so pretexto de consultar su espíritu.

Por su parte, tratándose del proceso de liquidación judicial, el legislador, **si estableció la etapa de presentación de créditos**, con lo cual, la carga de la prueba de las obligaciones se radica en el acreedor, quien deberá presentar los documentos soportes en los que conste la obligación, clara expresa y exigible, a excepción de lo prescrito en el numeral 5 del artículo 48 de la Ley 1116 de 2006. Desde luego que si el acreedor no hace uso de las cargas procesales en su favor asume la responsabilidad de tal negativa.

Dentro de la etapa mencionada, los acreedores tienen un plazo de 20 días a partir de la fecha de desfijación del aviso que informa sobre la apertura del trámite de liquidación judicial, para presentar su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo; posteriormente el citado auxiliar de la justicia remitirá a consideración del Juez del concurso el proyecto de graduación y calificación de créditos, junto con todos los documentos que le hayan presentado los acreedores.

Desde luego, que habrá lugar a la responsabilidad civil de los socios, los administradores entre los cuales se encuentra los liquidadores en el trámite respectivo, revisores fiscales y empleados, cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada por conductas, dolosas o culposas de los mismos, demanda que deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora, teniendo en cuenta el trámite del proceso abreviado según los términos del artículo 82 de la señalada Ley 1116 de 2006; por su parte también a los liquidadores como administradores que son, les es aplicable el régimen establecido en los artículos 22, 23, 24, 25 de la Ley 222 de 1995.

iv) Respecto de las acciones de responsabilidad a que haya lugar por las conductas previstas en el artículo 26 de la citada Ley 1116 de 2006 se tiene que en la medida en que a esta Superintendencia no le fue atribuida dicha competencia por el régimen de insolvencia, por la Ley 1429 de 2010, ni por el Decreto 1023 de 2012, le habrá de corresponder a la jurisdicción civil avocar el conocimiento de las acciones respectivas, por expreso mandato del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil (hoy artículo 15 del Código General del Proceso).

Igual competencia, se radica en la jurisdicción civil, para todas aquellas acciones de responsabilidad en contra de los promotores en razón de la regla prevista en el artículo 12 ibídem.

v) De otra parte, se observa que el legislador no estableció expresamente un término de caducidad para iniciar las acciones de que trata la norma aludida, simplemente estableció que pueden iniciarse en cualquier momento, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar. Sin embargo, respecto de esta última,

el artículo 83 del Código Penal, adicionado por la Ley 1154 de 2007 y modificado por la Ley 1309 de 2009, prevé que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de dicho artículo.

vi) Ahora bien, los nombres de los administradores, contador y revisor fiscal de la compañía en reorganización, así como su respectiva identificación para todos los efectos se han de consultar en el expediente contentivo del de trámite concursal, o en su defecto, en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio del domicilio del ente jurídico.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.