

***ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE
LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA Y
LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ A
TRAVÉS DE ELLOS:
EXPERIENCIAS Y SOLUCIONES***

Álvaro Andrés González Briceño

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

1.1. Naturaleza jurídica del cargo de auxiliar de la justicia del régimen de insolvencia empresarial

Código General del Proceso, artículo 47 (Ley 1564 de 2012)	Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.11.1.1 (antes Decreto 962 de 2009, artículo 1)	Decreto 2130 de 2012 (Modificó el Capítulo 11 del Título 2 de la Parte 2 correspondiente al Decreto 1074 de 2015)
<p>Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por <u>personas idóneas</u>, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. <u>Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia</u> y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso.</p>	<p>Los cargos de promotores y liquidadores, como auxiliares de la justicia, son oficios públicos <u>indelegables</u>, que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable, excelente reputación, imparcialidad absoluta y <u>total idoneidad</u>.</p>	<p>Los promotores, liquidadores y agentes interventores son auxiliares de la justicia y su oficio es público, ocasional e indelegable. Estos cargos deben ser ejercidos por personas de conducta intachable, deben gozar de excelente reputación y <u>ser idóneos para cumplir con su función</u>, la cual deben desarrollar con imparcialidad e independencia.</p> <p>(...)</p> <p>Los cargos de promotor, liquidador y agente interventor <u>se designan en atención a la calidad de la persona. En consecuencia, el auxiliar no podrá delegar ni subcontratar sus funciones y no podrá ser sustituido en el cargo</u> a menos que medie una orden del juez del concurso o del funcionario a cargo de la intervención. Sin embargo, el auxiliar de la justicia podrá contar con personal profesional o técnico de apoyo por cuyas acciones u omisiones responderá directamente.</p>

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

1.2. Carácter profesional de los auxiliares de la justicia en el Régimen de Insolvencia Empresarial

1.2.1. Antes de la expedición del Decreto 2130 de 2015. No era explícito el carácter profesional, pero si era posible extraerlo de la idoneidad para el cumplimiento de su función, del carácter especializado de su función y del requisito de la infraestructura operativa y administrativa.

Criterios fundamentales que determinan si un sujeto es un profesional con el fin de evaluar su responsabilidad: (INTENDENCIA REGIONAL CALI, Auto 620-003114 de fecha 17 de diciembre de 2014 y Auto 620-003835 de fecha 27 de noviembre de 2015).

- Desarrollo de actividad especializada. Título profesional.
- Tener a su cargo una organización: Infraestructura técnica y administrativa mínima para el desarrollo de sus funciones (Resolución 100-009213 de 2010).
- Posición de preeminencia sobre los demás: *Dominio profesional* sobre el régimen de insolvencia y su praxis y, desde luego, sobre los fundamentos básicos de las ciencias contable y de administración de negocios.

1.2.2. A partir de la vigencia del Decreto 2130 de 2015. Los anteriores criterios fundamentales se mantienen y se consagra explícitamente el carácter profesional y la responsabilidad a cargo de éstos derivada de dicho carácter.

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

- Atribución general del carácter profesional a los auxiliares de la justicia: (Decreto 2130 de 2015, artículo 1). *“Los auxiliares de la justicia que integran la lista, así como todas las personas que ocupen los cargos de promotor, liquidador y agente interventor, **son profesionales y responden como tal**”.*
- Efectos particulares legales de la atribución general del carácter profesional:
 - a. Promotor: (Decreto 2130 de 2015, artículo 1º) *“El promotor es la persona natural que **participa en la negociación, análisis, diagnóstico y elaboración de los acuerdos de reorganización, así como en la emisión o difusión de información financiera, administrativa, contable o de orden legal de la entidad en proceso de reorganización**. La intervención del promotor en las audiencias del proceso de reorganización es indelegable”.*
 - b. Liquidador: (Decreto 2130 de 2015, artículo 1º) *“El liquidador es la persona natural que actúa como **administrador y representante legal de la entidad en proceso de liquidación**. El liquidador deberá cumplir las cargas, deberes y responsabilidades previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio, la Ley 1116 de 2006 y en el presente decreto”.*

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

1.3. Patrón de conducta de los auxiliares de la justicia inscritos en las listas que lleva la Superintendencia de Sociedades

Decreto 2130 de 2015, artículo 1: Es acogido expresamente el principio de *neminem laedere* del régimen de la responsabilidad civil.

- Promotores y liquidadores son profesionales que prestan servicios de colaboración en la función jurisdiccional de insolvencia.
- Deben ofrecer confianza y credibilidad a los sujetos del proceso de insolvencia y terceros, por su rectitud, probidad, su experiencia y conocimientos profesionales, como también por sus actuaciones prudentes y juiciosas.
- Tienen la capacidad para anticipar riesgos y precaver problemas y vicisitudes propios de los procesos de insolvencia, en forma más acertada y rápida de lo que cualquier persona no especializada en este régimen podría hacer.

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

¿Cómo se le puede deducir responsabilidad a un auxiliar de la justicia?

- Tres premisas fundamentales: *i.* el deber de poseer los conocimientos técnicos y prácticos de su oficio; *ii.* el deber de actuar con la previsión y con la diligencia necesarias (conservación de la responsabilidad subjetiva) y; *iii.* el deber de conducirse en todas las actuaciones a su cargo, conforme al principio de la buena fe establecido en el artículo 83 de la C.P (Res. 100-000083 del 19 de enero de 2016).
- Buena fe objetiva: Cumple una función integradora de las disposiciones normativas y contractuales.
- La buena fe objetiva, junto con los deberes principales establecidos en la Resolución 100-000083 permite determinar las funciones a cargo de los auxiliares de la justicia que son conexas con sus funciones principales, pero que no han sido previstas expresamente en el Régimen de Insolvencia Empresarial.
- *“En virtud del principio de la buena fe objetiva, cualquiera sea la naturaleza de la obligación y de la naturaleza de la prestación, el obligado no sólo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. **Si el obligado (...) no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta.**”* (Laudo Arbitral de Inurbe contra Fiduagraría, proferido el 8 de junio de 1999, Cámara de Comercio de Bogotá).

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

Patrón de conducta de los auxiliares de la justicia: el *buen profesional*. El *hombre de empresa*, el experto medio u ordinario, a quien se le aplica una regla especial de diligencia, conocida como el “*Lex Artis*”, o sea, el conjunto de saberes o técnicas especiales de la profesión.

1.4. Principales deberes profesionales de los auxiliares de la justicia (Resolución 100-000083 del 19 de enero de 2016)

- Deber de buena fe
- Deber de diligencia
- Deber de lealtad
- Deber de eficacia y eficiencia de la gestión
- Deber de información

1.5. Hacia una nueva definición de los auxiliares de la justicia: Los promotores, liquidadores y agentes interventores, son profesionales que exhiben una idoneidad particular frente a los demás sujetos profanos en su materia, los cuales colaboran activamente bajo la guía de la buena fe objetiva y de sus deberes generales de conducta en todo lo concerniente al desarrollo de la función jurisdiccional a cargo de los jueces del concurso y, que deben procurar que se cumplan las finalidades de los procesos de insolvencia en los cuales aquellos intervienen.

I. ALCANCES DE LAS FUNCIONES DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

1.6. Conclusión: Los liquidadores y promotores no tienen a su cargo únicamente las funciones expresamente previstas en el Régimen de Insolvencia Empresarial, sino todas aquellas funciones asociadas a aquellas, como también las funciones que se deriven del principio de la buena fe objetiva y de la aplicación de los deberes principales consagrados en la Resolución 100-000083 del 19 de enero de 2016, la cual está alinderada por las finalidades de los respectivos procesos de insolvencia consagradas en el artículo 1º de la Ley 1116.

II. LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

2.1. Regla técnica de la inmediación: Persigue asegurar que el juez esté en contacto directo con los sujetos y con el objeto del proceso.

- Generalmente, el juez conoce del objeto del proceso en los casos en que lleva a cabo una inspección judicial sobre hechos previamente alegados en el devenir del proceso.
- En el resto de los medios probatorios, el juez tiene conocimiento del objeto procesal por medio de documentos, testigos y peritos: éstos actúan como intermediarios entre los hechos que se pretenden acreditar y el juez.

2.2. ¿Rol de los auxiliares de la justicia en la inmediación del juez en el proceso de insolvencia?

- Complejidad de los hechos que se ventilan en el proceso de insolvencia exige el análisis, consideración y estudio de múltiples datos y documentación, de orden jurídico económico y contable, atinentes al ente concursado.
- El promotor y el liquidador son sujetos que, dada su idoneidad particular, deben participar en la formación del convencimiento del juez sobre el objeto del respectivo proceso de insolvencia.

II. LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

2.2.1. En el proceso de reorganización

- Propósito del proceso: acordar, según el caso, una reestructuración financiera, organizacional, operativa y de competitividad que le permita a la empresa superar las causas que la llevaron a la crisis y, de esta forma, recuperarse en el corto o en el mediano plazo y honrar las obligaciones insolutas, conservándose como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo.
- Objeto del proceso: Existencia del sujeto del deudor y de la empresa y cumplimiento de los supuestos y presupuestos de insolvencia.
- El promotor participa en la negociación, análisis, diagnóstico y elaboración de los acuerdos de reorganización (Decreto 2130 de 2015).
- El promotor participa en la emisión o difusión de información financiera, administrativa, contable y legal del ente en reorganización (Decreto 2130 de 2015).
- Por lo tanto, el juez del concurso, también conoce sobre la realidad económica y jurídica de la empresa a través del ejercicio de las funciones del promotor.

II. LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

- El Decreto 2130 de 2015 excluye explícitamente al promotor “observador” del proceso de reorganización y de sus vicisitudes.
- El Decreto 2130 de 2015 excluye explícitamente al promotor “cumplidor formal” de sus funciones.
- El promotor debe reducir la distancia entre el juez del concurso y la realidad económica y jurídica de la empresa, por lo que su participación en la construcción del convencimiento de aquel sobre estos aspectos, es relevante en las siguientes etapas procesales:
 - a. Preparación del proyecto de graduación y calificación y de asignación de derechos de votos.
 - b. “Depuración” de obligaciones por retenciones de carácter obligatorio en favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a trabajadores y aportes al SGSS.
 - c. “Depuración” de obligaciones por concepto de gastos de administración.
 - d. Presentación del acuerdo de reorganización al juez del concurso.
 - e. Trámite de incumplimiento del acuerdo de reorganización

II. LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

2.2.2. En el proceso de liquidación:

- Propósito del proceso: protección del crédito a través de una liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.
- Objeto del proceso: Existencia del sujeto del deudor y de la empresa y cumplimiento de los supuestos y presupuestos de insolvencia.
- El liquidador es el representante legal y administrador del ente en liquidación. Es el “gerente” del proceso de liquidación.
- Dada tal condición, el espectro participación en la intermediación es menor frente al proceso de reorganización.
- La participación del liquidador, en la construcción del convencimiento del juez, sobre la realidad económica y jurídica de la empresa y del sujeto obligado, es relevante en los siguientes aspectos:
 - a. Continuación de los contratos diferentes a los necesarios para su inmediata liquidación y a los necesarios para la preservación de activos.
 - b. Preparación del proyecto de graduación y calificación de créditos
 - c. Preparación del inventario.
 - d. Conciliación de objeciones.
 - e. ¿Contradicción del inventario valorado?

II. LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

2.3. Conclusión: En los procesos de insolvencia, dada su naturaleza, es limitada la aplicación de la regla técnica de la inmediación del juez con el objeto de los mismos (la empresa y su patrimonio), en su más puro sentido, por lo que las funciones de los auxiliares de la justicia apuntan a contribuir activamente en la construcción del convencimiento del juez sobre el objeto del proceso.

GRACIAS