

OFICIO 220-286651 DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2017

ASUNTO: INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA PREVISTA EN EL TITULO III DE LA LEY 1116 DE 2006

Me refiero a su escrito radicado con el número 2017-01-412707, copia del cual allegó a esta oficina la Coordinadora del Grupo de Reorganización bajo número 2017-01-599713 del pasado 29 de noviembre, mediante el cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, tratándose de los acreedores domiciliados en el exterior, y las garantías que ofrece dicho régimen para hacer valer sus acreencias dentro del mismo, la cual plantea una serie de interrogantes en los siguientes términos:

1. ¿Una sucursal en el exterior de un Banco colombiano debe aplicar los efectos de dicha ley desde el momento en el que sea notificada por su deudor sobre la solicitud de admisión al proceso de insolvencia y/o de reorganización, en Colombia?
2. ¿Cómo debe aplicar los efectos de dicha ley a una sucursal en el exterior de un Banco colombiano?
3. ¿Para que la sucursal en el exterior de un Banco colombiano aplique los efectos de la Ley 1116, el juez o promotor del concurso debe iniciar, previamente, un proceso de reconocimiento ante el juez o autoridad competente del país en el que se encuentra ubicada dicha sucursal?
4. ¿Las normas de insolvencia transfronteriza le son aplicables a la Sucursal en el Exterior, aun cuando el juez o promotor del concurso no haya iniciado un proceso de reconocimiento ante el juez o autoridad competente del país de domicilio de dicha sucursal?
5. ¿La Sucursal en el exterior de un banco colombiano debe hacerse parte en el proceso de insolvencia y/o de reorganización en Colombia?
6. ¿Una filial en el exterior de un Banco colombiano debe aplicar los efectos de dicha ley desde el momento en el que sea notificada por su deudor sobre la solicitud de admisión al proceso de insolvencia y/o de reorganización, en Colombia?
7. ¿cómo debe aplicar los efectos de dicha ley una filial en el exterior de un Banco colombiano?
8. ¿Para que la filial en el exterior de un Banco colombiano aplique los efectos de la Ley 1116, el juez o promotor del concurso debe iniciar, previamente, un proceso

de reconocimiento ante el juez o autoridad competente del país en el que se encuentra ubicada dicha filial?

9. ¿Las normas de insolvencia transfronteriza le son aplicables a la filial en el Exterior, aun cuando el juez o promotor del concurso no haya iniciado un proceso de reconocimiento ante el juez o autoridad competente del país de domicilio de dicha filial?

10. ¿La filial en el exterior de un banco colombiano debe hacerse parte en el proceso de insolvencia y/o de reorganización en Colombia? Dirección.

Al respecto, me permito en primer lugar advertir que las atribuciones que desarrolla esta Superintendencia, se circunscriben al marco Constitucional regulado por el numeral 24 del artículo 189 de la C.P., artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica absolver las consultas formuladas a la Entidad 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 que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

Desde esa perspectiva es procedente abordar la consulta a luz de las siguientes consideraciones jurídicas de orden general:

a- Representación de las agencias, sucursales y filiales de las entidades vigiladas por la Superintendencia financiera de Colombia.

Antes de efectuar cualquier observación sobre el régimen de insolvencia transfronterizo y sus implicaciones en torno a los acreedores del exterior, en este caso, agencias, sucursales y filiales de bancos Colombianos ubicados fuera del país, frente a los procesos concursales abiertos por sociedades colombianas en el país y las correspondientes garantías, es del caso señalar que la Superintendencia Financiera de Colombia, se pronunció sobre el particular, por lo cual resulta oportuno traer los apartes del Concepto 2008042913-004 del 22 de octubre de 2008, emitido por esa entidad de Supervisión, así:

(...)

“2.Atención al consumidor financiero en el exterior

“En primer lugar resulta necesario partir de las definiciones básicas de agencias y sucursales en el exterior. De acuerdo con lo establecido en el artículo 264 del

Código de Comercio, son agencias los establecimientos de comercio de una sociedad cuyos administradores carezcan de poder para representarlas. En esencia, una agencia es un establecimiento de comercio de una sociedad pero no constituye una persona jurídica diferente de ésta última, de tal suerte que la normatividad que regula el funcionamiento del ente societario en su conjunto (en este caso, el Banco) debe ser respetada por el mismo con independencia de que desarrolle su actividad a través de establecimientos de comercio establecidos dentro o fuera del domicilio social, inclusive fuera del país (agencias en el exterior), con la precisión en éste último caso de que la respectiva oficina deberá acatar igualmente los requisitos y normas que le sean exigibles en los términos que disponga la licencia que le haya sido otorgada para operar en el Estado en donde esté localizada. (Concepto 2005038487 del 15 de marzo de 2006)

“A su turno, son sucursales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 263 del Código de Comercio, los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

“Sobre la materia ha señalado la doctrina:

“La apertura de toda sucursal implica la creación de un domicilio secundario de la sociedad en determinado ámbito espacial para realizar total o parcialmente las actividades que constituyen el objeto de la compañía. A esta característica se suma la existencia de un órgano de administración y representación, llámese gerente o factor, con facultades suficientes para comprometer la responsabilidad de la compañía (...). Por consiguiente, si el establecimiento de comercio de la sociedad está administrado por una persona facultada para obrar en su nombre, habrá una sucursal. Por el contrario, cuando al frente del establecimiento de la sociedad hay un administrador y ejecutor de órdenes del gerente de la principal, sin facultades para obrar en representación de ella, será una agencia. (...)

“Claro que ni la sucursal ni la agencia son sociedades distintas de la principal, a diferencia de lo que acontece con las filiales, subsidiarias o cualquier subordinada, que son entes jurídicos individualmente considerados. En verdad, el concepto de sucursal supone dependencia económica y jurídica de la principal, y existe titularidad de una misma persona jurídica con tratamiento legal unitario”

“Como se observa, tanto las sucursales como las agencias comparten la naturaleza de establecimientos de comercio, su diferencia radica en la figura jurídica de la representación, la cual se encuentra presente exclusivamente en las primeras. En este sentido queda claro que tanto la sucursal como la agencia son

establecimientos de comercio, pero mientras que quien administra la sucursal tiene facultades para representar a la sociedad y en esta medida puede comprometer su responsabilidad frente a terceros, en la agencia quien la administra es un empleado al que la ley ha denominado factor, que ejecuta órdenes del gerente de la principal. Por lo tanto, la razón de la creación de una sucursal o de una agencia por parte de una sociedad nacional, depende estrictamente de razones de índole administrativas que tienen que ver con el desarrollo del objeto social”

b. Garantías de los acreedores extranjeros frente a un proceso de insolvencia decretado en Colombia

Definida las particularidades sobre la forma de representación que tienen las agencias, sucursales y filiales de bancos en el exterior, precede en su orden referirse a los aspectos relativos a las garantías que contempla el régimen de insolvencia transfronterizo, para permitir que hagan valer sus acreencias dentro de los procesos abiertos en Colombia:

i) El régimen de insolvencia transfronterizo previsto en la Ley 1116 de 2006, tiene como unos de sus propósitos fundamentales el de otorgar mecanismo que doten de mayor seguridad jurídica tanto al comercio internacional de las sociedades como a los inversionistas, que se encuentran avocados a dicho procedimiento.

En ese camino necesariamente se establecen mecanismos y garantías que propenden porque en la administración de la insolvencia transfronteriza se protejan de un lado los intereses de todos los acreedores como la protección del deudor, de tal forma que permita a dicho proceso servir como vehículo de recuperación, armonización y conservación de la empresa, principios que ha de hacer valer el operador judicial en los casos de insolvencia transfronteriza, a tono con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 1116 de 2006.

Uno de esos caso de insolvencia transfronteriza, es el que se refiere a los acreedores que estando en un estado extranjero tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso de insolvencia (Reorganización - liquidación judicial), iniciado en Colombia, con fundamento en las normas relativas a la misma, conforme a lo previsto el numeral 4° del artículos 86 ibídem.

Por tanto, dado el principio de igualdad establecido en el régimen de insolvencia transfronterizo, el acceso de tales acreedores al trámite de insolvencia ante las autoridades Colombianas competentes, se parte de ofrecerles las mismas garantías que tienen los acreedores colombianos, conforme lo dispuso el artículo 99 de la Ley 1116 de 2006:

En efecto, la norma antes citada, que trata de la publicidad a los acreedores en el extranjero con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. Preceptúa que: “Siempre que, con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, deba informarse el inicio o apertura de algún proceso a los acreedores que residan en la República de Colombia, esa información también deberá remitirse a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en Colombia.”(Negrilla y subraya fuera de texto).

Establecida la garantía de acceso y de publicidad a los acreedores extranjeros dentro de un proceso de insolvencia con arreglo a las normas Colombianas, tales prerrogativas se van a materializar a partir del momento en que se expide la providencia de apertura del proceso de reorganización ya que los efectos del proceso se surten desde el día de la expedición de la providencia que así lo decreta. (Art. 18 ibídem)

Frente a ello, no es posible pasar por alto que la providencia de apertura del proceso de reorganización, se debe notificar únicamente al deudor concursado, mientras que a los acreedores nacionales como extranjeros si bien no se les practica dicho trámite; si se les debe informar la fecha de inicio del proceso de reorganización por los medios que estimen idóneos tanto los administradores como el promotor una vez posesionado, en los términos del numeral 9° del artículo 19 ejusdem, en aras de que puedan hacer valer sus derechos dentro del proceso según las atapas correspondientes.

Resulta notoria la preocupación sobre los efectos del proceso de reorganización y la posibilidad de hacer efectivas dichas garantías, para con los acreedores extranjeros, tema del que se ocupa este Despacho en sui Oficio 220-235624 del 1 de noviembre de 2017, en el cual tuvo la oportunidad de trazar algunas pautas que atañen precisamente con esas garantías, como con la forma de realizar la calificación y graduación de créditos por parte del deudor concursado y sin que tengan los acreedores nacionales como extranjeros la carga de hacerse parte, lo que tampoco significa un descuido de las etapas procesales subsiguientes, a efecto de que puedan presentar objeciones si ha bien consideran hacerlo por la diferencias en la prelación y cuantía etc.

También ilustran sobre el particular los autos de esta Entidad No. 405-019656 del 22 de noviembre de 2013, (Rechaza el reconocimiento de proceso de liquidación de extranjero por el incumplimiento del principio de reciprocidad) y 400-000416 del 10 de junio de 2016, (distinción de procesos extranjeros pasibles de ser reconocidos en Colombia; presunción relativa al centro principal de los negocios del deudor; tramitación conjunta de varios procesos extranjeros y efectos del

reconocimiento, medidas otorgables y protección de acreedores y demás interesados.)

ii), Los acreedores extranjeros, incluidos las agencias, sucursales o filiales de Bancos Colombianos debidamente informados que quieran participar dentro de un proceso de reorganización, abierto conforme las normas colombianas relativas a la reorganización, lo harán a través de sus representantes debidamente acreditados en la forma indicada en el literal a) de este oficio, aportando los documentos debidamente legalizados o apostillados según sea el caso, acceso que garantiza dicho régimen trasfronterizo, conforme lo previsto en el artículo 59 del Código General del Proceso, en concordancia con los artículos 98 y 99 de la Ley 1116 de 2006.

iii) Si la sociedad colombiana no tiene sucursales, filiales, ni bienes en el exterior, no podría hablarse de ningún caso de insolvencia trasfronteriza, de lo contrario, estos es, en los caso previstos en el numeral 2° y 3° del artículo 86 de la Ley 1116 de 2006, “el promotor o liquidador estará facultado para actuar en un Estado Extranjero en representación de un proceso abierto en la República de Colombia con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable”, como de hacer uso de las formas de cooperación de conformidad con lo previsto en los artículos 90, 111, 112, 113 y 114 op. cit.

Ciertamente, en el primero de los eventos concursales antes indicados, esto es, frente a procesos de reorganización tramitados únicamente en Colombia, en el caso de las sucursales de los banco colombianos en el exterior, el juez o promotor no tienen que adelantar procesos de reconocimiento ante el juez o autoridad competente en el país en donde se halle la sucursal, agencia o filial del banco, sino que deberá cumplirse con las disposición contenida en el artículo 99 ibídem.

iv) Siguiendo la metodología indicada en el punto anterior, si una empresa colombiana con sucursal en el exterior, ingresa a un proceso de reorganización, dará lugar a la apertura del proceso de insolvencia en el país donde se encuentre dicha sucursal, ante lo cual el juez, promotor y acreedores procederán conforme al principio previsto en el parágrafo del artículo 105 de la Ley 1116 de 2006 y demás normas de cooperación.

5 ¿La Sucursal en el exterior de un banco colombiano debe hacerse parte en el proceso de insolvencia y/o de reorganización en Colombia?

v) Como se dijo en el punto i) de este oficio, los acreedores extranjeros no tienen que hacerse parte dentro del trámite de reorganización, en la medida en que la elaboración del proyecto de calificación y graduación de créditos debe presentarse

inicialmente con la solicitud de reorganización por parte del ente societario y sin que tenga que hacerse parte para tal efecto.

Sin embargo, ello no le impide al acreedor hacer uso de las cargas procesales en su favor a efectos de hacer valer sus derechos en las etapas procesales del proceso de reorganización correspondiente, pues el hecho de que no necesiten hacerse parte no pueden descuidar el cumplimiento de cada una de las etapas del proceso, pues el hacer uso de sus derechos después de vencidos los términos procesales, es una autorresponsabilidad exclusiva de los interesados o acreedores.

Finalmente en tratándose de filiales de sociedades colombianas en el exterior, en el caso de insolvencia de las mismas, las sucursales, agencias y filiales de los bancos en el exterior se harán parte conforme las normas del régimen trasfronterizo adoptado e incorporado en dichas jurisdicciones.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida con los alcances descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página Web de la Entidad puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos jurídicos que ella profiere, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal.