

OFICIO 220-203307 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 2015

ASUNTO: APLICACIÓN TRATADO DE MONTEVIDEO A LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2015- 01- 449769, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas, formula una consulta relacionada con el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. ¿Habría lugar a aplicar el Tratado de Montevideo para determinar la jurisdicción competente sobre el Proceso de Insolvencia?

En caso afirmativo, ¿Qué sucedería si los tratados internacionales en el país extranjero no tienen aplicación supra legal, como la prevista en el artículo 88 de la Ley de Insolvencia?

En caso negativo, ¿qué pasaría si la legislación colombiana y la legislación del país extranjero (de domicilio de la sucursal) entran en conflicto en relación con la jurisdicción competente para el Proceso de Insolvencia?

2. Si asumimos que los jueces colombianos son los competentes para adelantar un único proceso de insolvencia, según lo previsto en el Tratado de Montevideo:

¿Qué efectos tendrían sus autos de trámite y decisiones de fondo en el país extranjero, especialmente respecto de los acreedores de la sucursal con residencia en dicho país?

¿Las decisiones de los jueces colombianos en el Proceso de Insolvencia serían susceptibles de ejecución inmediata en el país extranjero?

¿Qué pasaría si los jueces colombianos aplican la legislación colombiana y dicha aplicación resulta contradictoria con la legislación del país extranjero en un tema en particular?

¿Es posible que los activos (tanto muebles como inmuebles), créditos y débitos de la sucursal extranjera sean objeto de decisión de los jueces colombianos (incluyendo el acuerdo de acreedores autorizado por el juez de insolvencia)?

3. ¿Es posible, según lo previsto en la Ley de Insolvencia, que una sucursal extranjera sea acreedora de su matriz y solicite reconocimiento dentro del proceso de insolvencia en curso?

Al respecto, me permito manifestarle de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Superintendencia absuelve las consultas

generales que le sean formuladas sobre los temas societarios de su competencia, mas no sobre asuntos contractuales, procedimentales o jurisdiccionales y de otra parte, que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos de los cuales esté llamada a conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Bajo ese presupuesto, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas, a la luz de la Ley 1116 de 2006, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

i) Al tenor de lo previsto en el artículo 4º de la Ley 1116 de 2006, “El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios:

(...)

6. Reciprocidad: reconocimiento, colaboración y coordinación mutua con las autoridades extranjeras, en los casos de insolvencia transfronteriza”. (El llamado es nuestro).

Del estudio de dicho principio, se desprende que el mismo armoniza la insolvencia de empresarios colombianos con bienes extranjeros, o de empresarios extranjeros con bienes y acreedores en territorio colombiano, lo cual se concreta en los artículos 85 a 116 ibídem.

ii) Acorde con lo anterior, el artículo 85 del Capítulo III que trata de la Insolvencia Transfronteriza, preceptúa que “El presente Título tiene como propósito:

1. Regular la cooperación entre las autoridades competentes de la República de Colombia y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza.

2. Crear un mecanismo que dote de mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones.

3. Propender por una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluidos el deudor.

4. Garantizar la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor”. (El llamado por fuera del texto original).

De la norma transcrita, se colige que ésta establece los fines del régimen de insolvencia transfronteriza, entre los cuales se destaca el de regular la cooperación entre Colombia y los Estados extranjeros que hayan de intervenir en los casos de insolvencia en sus dos modalidades reorganización o liquidación judicial.

iii) Por su parte, el artículo 86 ejusdem, prevé los casos en los que son aplicables las normas de la insolvencia transfronteriza cuando quiera que:

a) Un tribunal o un representante extranjero solicite asistencia en la República de Colombia en relación con un proceso extranjero.

b) Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un proceso extranjero y un proceso en la República de Colombia.

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estando en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un proceso o en participar en un proceso en curso con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

El primero evento, consiste en la existencia de acreedores o bienes de un deudor en territorio extranjero, en este caso el colombiano, en tal supuesto el tribunal o representante extranjero podrá solicitar a la autoridad competente en Colombia, es decir, a la Superintendencia de Sociedades, o al juez concursal respectivo, reconocer un procedimiento extranjero, ya sea para que adopte cualquiera de las medidas previstas en los artículos 102, 106 y 112 ídem, o para que dentro del proceso de índole judicial o administrativo, incluido el índole provisional que tramite un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia, y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor quedan sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, para los efectos de su reorganización o liquidación.

En el segundo caso, se trata de un procedimiento de insolvencia abierto, conforme a las normas colombianas, dentro del cual se solicita su reconocimiento ante otro Estado, a instancia de la Superintendencia de sociedades o de los jueces civiles del circuito que tengan a su cargo el procedimiento, o del promotor o liquidador como representantes del insolvencia, según se trate de un proceso de reorganización o de liquidación judicial.

El tercer supuesto se presenta cuando se tramitan en forma simultánea procedimientos en Colombia y en otros Estados con respecto a un mismo deudor;

es decir, que la apertura de un procedimiento de insolvencia no impide que otro estado actúe de conformidad, en cuyo caso es necesario, de una parte, armonizar uno u otro proceso para que se cumplan los objetivos del régimen, y de otra, que para tal efecto se deben reunir los presupuestos y requisitos establecidos en los artículos 113 y siguientes de la Ley 1116 ya citada.

El último caso, se refiere a otras personas interesadas diferentes de los acreedores, tales como asociaciones u organizaciones de otros Estados soliciten la apertura de un proceso de insolvencia o la participación en el mismo, en cuyo evento se debe acreditar su legitimación, ya que de no ser así se estaría abriendo la posibilidad de que aquellas pudieran solicitar la apertura de dicho procedimiento de insolvencia, facultad que no se le otorga a los nacionales.

iv) Como se puede apreciar, cada Estado tiene sus propias normas aplicables para los procesos de insolvencia, sin que para determinar en un momento dado la competencia haya que acudir a los tratados internacionales, pues simplemente deben aplicarse las disposiciones que correspondan, las cuales, como fue dicho, se han de armonizar para lograr los objetivos de la insolvencia.

v) De otra parte, se observa que el artículo 88 ibídem, se aplica solamente en los casos en que exista conflicto entre la Ley 1116 y una obligación de la República de Colombia nacida de un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados, en cuyo caso prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo, pues, dicha norma responde al principio de supremacía de las obligaciones internacionales sobre el derecho interno, consagrado en nuestra Constitución Política, con lo que se demuestra el interés del Estado colombiano de respetar los tratados y convenios suscritos con otros países, con el objeto de promover la internacionalización de sus relaciones económicas.

vi) Ahora bien, y como quiera la reorganización y la liquidación judicial, son procesos concursales, las normas que los regulan son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios y particulares, salvo autorización expresa de ley (artículo 13 del Código General del Proceso).

Luego, los autos de trámite y las decisiones de fondo que profiere el juez competente para tramitar dichos procesos en Colombia, esto es la Superintendencia de Sociedades o el juez civil del circuito del domicilio del deudor, según el caso, son de obligatorio cumplimiento para el deudor y sus acreedores, así estos últimos se encuentren domiciliados en otro país.

vii) En caso de que exista contradicción entre la legislación colombiana y la legislación de un país extranjero respecto de las normas aplicables a la

insolvencia transfronteriza, se tiene que la ley no previó un procedimiento a seguir en tal circunstancia. No obstante, a juicio de esta Oficina a juicio se debe armonizar el procedimiento local con el extranjero, de modo que puedan cumplirse los principios de universalidad, equidad y eficiencia de los procesos de insolvencia, de modo que se proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluidos el deudor.

viii) Finalmente, hay que advertir que una sucursal de una sociedad extranjera no puede ser acreedora de esta última dentro de un proceso de insolvencia, pues como es sabido, la sucursal no es más que una extensión económica de aquella, y por ende, no puede ser un sujeto independiente, ya que su propósito e incorporación son definidos por los administradores de la casa principal, dirigido al desarrollo del negocio social, a través de la exportación de bienes o servicios, en regiones o países diferentes a su domicilio social, lo que conceptualmente puede ser considerado como un modelo de organización administrativa especial.

Así las cosas, la sociedad extranjera debe establecer una sucursal en el Territorio Nacional, la cual debe ser creada conforme a los parámetros señalados en los artículos 471 y siguientes del Código de Comercio e inscrita en la Cámara de Comercio, con indicación de la procedencia de la casa principal que representa, es decir, que desde su creación, se determina con claridad el grado de dependencia de la sucursal respecto de la casa matriz.

De manera que si la sucursal se organiza para desarrollar la finalidad propuesta por la sociedad extranjera, supone entonces, que no es una persona jurídica independiente, por lo que la casa principal responderá por los negocios celebrados en el país. (Artículo 486 del Código de Comercio), debiéndose en consecuencia, en el registro mercantil de la sucursal, identificar la sociedad extranjera que incorpora así como el nombre y la representación de personas que responderán en el país por los negocios celebrados (artículo 485 ibídem).

Ahora bien. la dependencia económica y administrativa, se refiere como se dijo a la forma como una sociedad extranjera puede emprender negocios en Colombia, a través de una sucursal extranjera, situación que es distinta a la de ser acreedor de una sociedad, ya que no hay vinculo de dependencia entre uno y otro, simplemente se trata de dos personas distintas e independientes entre sí que adquieren obligaciones recíprocas la de deudor y acreedor, circunstancia que no se predica, se repite, de la sucursal y su matriz.

No obstante, es de advertir que al tenor de lo previsto en el artículo 88 de la Ley 1116 de 2006, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un proceso en la República

de Colombia y de la participación en él con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, sin que ello afecte el orden de prelación de los créditos en un proceso abierto con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia.

Normativa que constituye la aplicación del principio contenido en el artículo 100 de la Constitución Nacional, según el cual el Estado Colombiano le otorgará una igualdad de trato a nacionales y extranjeros, de manera tal que los acreedores extranjeros tendrán las mismas prerrogativas que los nacionales para tramitar y participar en un procedimiento de insolvencia de reestructuración o de liquidación, como desarrollo igualmente del principio de reciprocidad.