

OFICIO 220-096777 DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019

REF: LOS ACREEDORES EXTRANJEROS GOZAN DE LOS MISMOS DERECHOS QUE LOS ACREEDORES NACIONALES FRENTE AL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA, FRENTE A LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS E HIPOTECARIAS.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta consulta relativa al tratamiento que se le da en un proceso de insolvencia bajo la Ley 1116 de 2006, a una garantía real constituida sobre un bien localizado en el extranjero, aspectos que se resolverán a continuación.

Antes de resolver lo propio debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189, en concordancia con los 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 de esta Entidad 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 que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver la consulta, en el siguiente esquema:

1. ***“(...) Quisiera saber cuál es el tratamiento que se le da en un proceso de insolvencia bajo la ley 1116 de 2006, a una garantía real constituida sobre un bien localizado en el extranjero, en el cual el contrato de garantía real se rige por una ley distinta a la colombiana, pero el bien dado en garantía es propiedad de un deudor colombiano. En particular si: (1) el acreedor garantizado con una garantía real con las características mencionadas, sería un acreedor de segunda clase en un proceso de insolvencia...”***

Sobre este particular y para mejor claridad sobre la aplicación del régimen de garantías mobiliarias constituidas sobre bienes de la sociedad concursada, ubicados en el exterior, esta Oficina Jurídica se permite abordar este punto desde las siguientes prescripciones, así:

1.1. Ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución en las garantías mobiliarias.

El artículo 83 de la Ley 1676 de 2013, prescribe lo siguiente:

“(…) Artículo 83. Ley aplicable en caso de conflicto de leyes. La ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución será la del Estado en el que se encuentre el bien objeto de la garantía mobiliaria.

Si el bien garantizado suele utilizarse en más de un Estado, la ley aplicable será la del Estado en el que se encuentre el garante.

Si el bien garantizado es objeto de inscripción en un registro especial, la ley aplicable será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro.” (Subrayado fuera de texto).

Desde la perspectiva jurídica anotada, será necesario verificar en cada caso los supuestos precisados por la norma en comento, para determinar cuál es el régimen de garantías aplicable en cada caso, para los efectos de su constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución.

Sin embargo, en el contexto de que se haya constituido una garantía real de una sociedad concursada sobre un bien localizado en el extranjero, será necesario distinguir entre **bienes inmuebles** y **bienes muebles**.

Frente a los primeros, el artículo 2436 del Código Civil dispuso:

“ARTICULO 2436. HIPOTECAS CELEBRADAS EN EL EXTRANJERO. Los contratos hipotecarios celebrados fuera de la república o de un territorio darán hipoteca sobre bienes situados en cualquier punto de ella o del respectivo territorio, con tal que se inscriban en el competente registro. (Subrayado fuera de texto).

Luego entonces, frente a garantías hipotecarias sobre bienes inmuebles ubicados en el exterior de propiedad de una sociedad colombiana que tramita un proceso concursal en Colombia, será necesario en primer lugar cumplir con las formalidades de su constitución como el realizar la inscripción del gravamen ante registro correspondiente, conforme a la norma internacional.

Ahora bien, la administración de la sociedad colombiana que ha sido admitida, al trámite de un proceso de reorganización, debió adjuntar con la solicitud del proceso en mención, un proyecto calificación y graduación de créditos, dentro del cual, en atención al gravamen indicado ha debido calificarlo y graduarlo en el orden de prelación legal de **tercera clase**. (Núm. 7° del artículo 13 ley 1116 de 2006.)

Aunado de lo anterior, la administración de la sociedad colombiana que ha sido admitida al trámite de un proceso de reorganización, también debió reportar con la solicitud del trámite de reorganización, un inventario debidamente valorado a la fecha de presentación de los estados financieros allegados con la solicitud, con la descripción de los bienes dados en garantía determinando cuales son necesarios o no necesarios para el desarrollo de la actividad económica de deudor. Toda vez que en los términos del Art. 50 Ley 1616 de 2013, se prohíbe continuar con la ejecución no así sobre los bienes que no tienen la connotación de necesarios sobre los cuales el juez autorizará su ejecución.

Así mismo, si la administración de la sociedad colombiana que ha sido admitida al trámite de un proceso de reorganización, no graduó y calificó la garantía real de que se trate (prendaria o hipotecaria) en la forma indicada anteriormente ni fue actualizado por el promotor, será necesario que el acreedor objete el proyecto de calificación y graduación de créditos, aportando los documentos soportes del caso, es decir debidamente legalizados¹ y apostillados² según lo que corresponda, para el caso de gravámenes hipotecarios internacionales sobre bienes ubicados fuera del territorio colombiano.

Para el caso del proceso de liquidación judicial, los acreedores deberán hacerse parte dentro del citado proceso aportando los documentos idóneos en los términos indicados, a la luz de lo prescrito por los artículos 29, 30, y numeral 5° del artículo 48 Ley 1116 de 2006³.

¹https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/apostilla_legalizacion_en_linea/que_es_legalizacion

²(...) ¿Qué es legalización?

La legalización consiste en certificar la autenticidad de la firma de un servidor público en ejercicio de sus funciones y la calidad en que el signatario haya actuado, la cual deberá estar registrada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento surta plenos efectos legales en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, artículo 5°, literal f) que reglamenta las actuaciones consulares en calidad de notario.

³(...) ¿Qué es Apostilla?

La apostilla es certificar la autenticidad de la firma de un servidor público en ejercicio de sus funciones y la calidad en que el signatario haya actuado, la cual deberá estar registrada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento surta plenos efectos legales en un país parte del Convenio sobre la Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de La Haya de 1961.

⁴(...) 5. Un plazo de veinte (20) días, a partir de la fecha de des fijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que los acreedores presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo. Cuando el proceso de liquidación judicial sea iniciado como consecuencia del incumplimiento del acuerdo de reorganización, de liquidación judicial, fracaso o incumplimiento del concordato o de un acuerdo de reestructuración, los acreedores reconocidos y admitidos en ellos, se entenderán presentados en tiempo al liquidador, en el proceso de liquidación judicial. Los créditos no calificados y graduados en el acuerdo de reorganización y los derivados de gastos de administración, deberán ser presentados al liquidador.

Transcurrido el plazo previsto en este numeral, el liquidador, contará con un plazo establecido por el juez del concurso, el cual no será inferior a un (1) mes, ni superior a tres (3) meses, para que remita al juez del concurso todos los documentos que le hayan presentado los acreedores y el proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto, con el fin de que aquel, dentro de los quince (15) días siguientes, emita auto que reconozca los mismos, de no haber objeciones. De haberlas, se procederá de igual manera que para lo establecido en el proceso de reorganización.

⁴ (...) Por medio de la cual se aprueban el "Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil" y su "Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil", firmados en Ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre de 2001 (2001)"

Frente a **garantía sobre bienes muebles** ubicados en el exterior, amén de lo expresado anteriormente, será considerado como **crédito de segunda clase**, si

cumple con los requisitos de constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución anotados como los aspectos procesales anteriormente precisados en cada uno de los procesos de que está estructurado el régimen de insolvencia.

Lo anterior, también sin desconocer las garantías mobiliarias exceptuadas del ámbito de aplicación, del régimen de garantías mobiliarias a tono con lo dispuesto por lo el artículo 4 de la Ley 1676 de 2013, así:

“(…) Artículo 4°. Limitaciones al ámbito de aplicación. Las garantías de las que trata esta ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público.

Se exceptuarán de lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas sobre:

- 1. Bienes muebles tales como las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley 967 de 20054.*
- 2. Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005 y las normas que la modifiquen o adicionen.*
- 3. Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio, y*
- 4. Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.”*

Conforme a lo anterior y según la clase de bienes de que se trate será un crédito de segunda (prenda -garantía mobiliaria) o tercera (hipoteca) clase dentro de la calificación y graduación de créditos dentro de un proceso de insolvencia.

2 “(...) (2) si una garantía real de tales características, puede ser registrada como garantía mobiliaria y en este sentido, si el acreedor garantizado podría gozar de las prerrogativas establecidas en los artículos 50 a 52 de la ley 1676 de 2013.”

Frente a los eventos prescritos por el artículo 83 de la Ley 1676 de 2013, en torno a la aplicación de la ley en caso de conflicto de leyes, frente una garantía real en el exterior, deberá verificarse en cada caso la norma aplicable según las circunstancias fácticas particulares de su estructuración.

Es así, que al juez del concurso deberá verificar con sumo cuidado, cual es la ley que predomina frente a una garantía real en el exterior debidamente constituido, oponible y registrado que le permita su ejecución.

Conforme a lo previsto por el artículo 83 de la ley 1676 de 2013, citado en el punto anterior se infiere lo siguiente:

- A- En el primer caso como en el tercero de eventos descritos en la norma indicada, la ley aplicable sería la del estado en el que se encuentre el bien objeto de la garantía, o de donde se haya hecho el registro especial, tanto para bienes muebles e inmuebles, en el entendido de que estos se encuentran en el exterior.
- B- En el segundo de los casos, en la medida en que el garante es colombiano, la norma a aplicar es la colombiana independientemente del estado de donde se utilizare el bien objeto de la garantía mobiliaria, es decir la ley aplicable sería Ley 1676 de 2013, con concordancia con la Ley 1116 de 2006.

Ahora bien, respeto de los fundamentos facticos descritos en el literal A, en Opinión de esta Oficina Jurídica, se presentaría uno de los eventos de insolvencia transfronteriza, a tono con lo previsto por el numeral 2 del artículo 86 de la Ley 1116 de 2006, así:

“(...) Artículo 86. Casos de insolvencia transfronteriza. Las normas del presente Título serán aplicables a los casos en que:

(...)

2. Sea solicitada la asistencia en un Estado extranjero en relación con un proceso tramitado con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia, o”

(...)

4. 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.”

Así mismo, no debe desconocerse también lo previsto por el artículo 88 del régimen de insolvencia, así:

“(...) Artículo 88. Obligaciones internacionales del Estado. En caso de conflicto entre la presente ley 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, prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo.”

Lo anterior conlleva, a que el promotor como el liquidador de la sociedad concursada, se encuentran facultados para actuar en un estado extranjero en representación de un proceso concursal admitido en Colombia, a efectos de que sea reconocido el proceso colombiano de insolvencia correspondiente y se accedan a las medidas previstas por los artículos 100 a 116 de la Ley 1116 de 2006, en defensa de los bienes de la sociedad concursada, tales como medidas cautelares de embargo, secuestro, suspensión de todo proceso de ejecución, la imposibilidad de iniciar o de admitir procesos ejecutivos en contra del deudor, etc.

Todo lo anterior, sin perjuicio de las prerrogativas y derechos establecidos por el régimen de insolvencia, en favor de los acreedores extranjeros previstos por los artículos 985 y 996 de la Ley 1116 de 2006.

5“(…) Artículo 98. Acceso de los acreedores extranjeros a un proceso seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. 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.”

6 “(…) Artículo 99. Publicidad a los acreedores en el extranjero con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia. 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.”

De lo anterior se entiende que los acreedores extranjeros gozan 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, como del principio de publicidad en el entendido de 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 Colombia, esa información también debe remitirse a los acreedores conocidos que no tengan una dirección en Colombia, es decir en el exterior.

Ciertamente entonces, en desarrollo de los principios de: “*acceso de los acreedores extranjeros a un proceso seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia*” y de “*publicidad a los acreedores en el extranjero con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia*”, previstos por los artículos 98 y 99 de la ley ídem, los acreedores extranjeros gozan de los mismos derechos que los acreedores nacionales frente al régimen de insolvencia, como de las prerrogativas de constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias constituidas con arreglo a la normatividad del estado extranjero en **donde se encuentren** o donde se haya realizado el **registro especial** de la **garantía mobiliaria**, a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, como con respecto de las garantías hipotecarias constituidas durante esa misma vigencia, a tono con lo previsto por los artículos 83 de la Ley 1676 de 2013 y artículo 2436 del Código Civil.

Claro está, sin perjuicio de las etapas perentorias para el reconocimiento de las acreencias precisado para cada proceso, como de las cargas procesales que deben ejercer los acreedores en ese sentido, a efectos no solo del reconocimiento del crédito sino como consecuencia de ello de las prerrogativas previstas por los artículos 50 a 52 de la Ley 1676 de 2013.

Todo ello, sin desconocer la regla de pago para los procesos paralelos prevista por el artículo 116 de la Ley 1116 de 2006, así:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“(…) “Artículo 116. Regla de pago para procesos paralelos. Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un proceso seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma extranjera relativa a la insolvencia, no podrá percibir un nuevo pago por ese mismo crédito en un proceso de insolvencia seguido con arreglo a las normas colombianas relativas a la insolvencia respecto de ese mismo deudor, en tanto que el pago percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor.”

Conforme a lo anterior, para responder su segundo interrogante, baste con señalar que el acreedor puede ser beneficiario de las prerrogativas definidas en la Ley 1676 de 2013, siempre y cuando se haya cumplido con las formalidades legales propias para cada tipo de garantía real.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos 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, no sin antes señalar que puede consultarse en la P.Web de la Entidad, la normatividad, los concepto jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.