

OFICIO 220-235624 DEL 01 DE NOVIEMBRE DE 2017

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON UN PROCESO DE REORGANIZACION

Me refiero a su escrito recibido vía correo electrónico, radicado en esta Entidad con el número 2017-01-491219, mediante el cual formula una consulta relacionada con el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. Si en un proceso de reorganización de una empresa colombiana, se presenta un acreedor extranjero (persona jurídica) ¿qué documentos debe allegar para soportar su crédito?
2. Si el acreedor extranjero otorga poder para representación judicial ¿el poder debe contener alguna característica especial? ¿debe estar apostillado?
3. Si la empresa que presenta la solicitud de reorganización incluye el crédito en la calificación y graduación ¿debe igualmente el acreedor soportar la deuda con documentos o pruebas?
4. Si la empresa que presenta la solicitud de reorganización no incluye el crédito en la calificación y graduación ¿qué documentos sirven de prueba para soportar la obligación?
5. Si los documentos que soportan la obligación fueron creados en el exterior ¿qué requisitos deben cumplir?
6. Ha indicado esa superintendencia en algunos conceptos, que las obligaciones en los acuerdos de reorganización deben ser indexadas ¿cómo opera la indexación cuando se trata de una obligación contenida en moneda extranjera?
7. Si las obligaciones que se pretenden incluir en el acuerdo de reorganización están contenidas en moneda extranjera ¿qué tasa de cambio se maneja para efectos de la graduación y pago del crédito?
8. Los acreedores extranjeros y las obligaciones creadas en el exterior tienen un tratamiento diferente o especial en un proceso de reorganización empresarial?

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, 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 relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa pronunciarse ni intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Bajo esos presupuestos, a título meramente informativo hacer las siguientes precisiones jurídicas a la luz de la Ley 1116 de 2006 y demás normas que la adicionan o complementen:

i) Como es sabido, el deudor deberá, con ocasión de la solicitud de admisión a un proceso de reorganización, relacionar todas las acreencias a su cargo, precisando titulares, lugar de notificación, y discriminando cuantía del capital y tasa de interés, expresadas en términos efectivos anuales, correspondientes a todas las acreencias causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso (artículo 25 ibídem).

Luego, la relación implica el reconocimiento de las acreencias y favorece el derecho de crédito, **y por ende, los acreedores no tienen la carga de hacerse parte dentro del proceso en un término previamente establecido, como tampoco la de aportar prueba siquiera sumaria de su acreencia.**

Lo anterior, no es óbice para que en el evento de que un acreedor considere que su crédito es superior al monto reconocido por el deudor, o juzgue que tiene una preferencia que no fue reconocida, pueda presentar al promotor las pruebas que sean del caso y formular la objeción al correspondiente proyecto, para que el juez del concurso intervenga.

Sin embargo, es de advertir que los acreedores cuyas obligaciones no hayan sido relacionadas en el inventario de acreencias y en el correspondiente proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y derechos de voto, que no hayan formulado oportunamente objeciones a las mismas, solo podrán hacerlas efectivas persiguiendo los bienes del deudor que queden una vez cumplido el acuerdo celebrado o cuando sea incumplido este, salvo que sean expresamente admitidos por los demás acreedores en el acuerdo de reorganización, en los términos del artículo 26 ejusdem.

Ahora bien, 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 los daños que le ocasionen, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

Tal previsión, no impide, a juicio de este Despacho, al acreedor que no aparezca en la relación de acreedores o en el proyecto de calificación y graduación de las obligaciones a cargo del deudor y determinación de derechos de voto, solicitar al promotor su inclusión en dichas actuaciones, en cuyo caso deberá presentar prueba sumaria de la existencia y cuantía de su crédito, esto es, las facturas, cheques, pagares, contratos, certificación de deuda, cuentas de cobro, etc., en los cuales conste la existencia de la obligación cuyo reconocimiento se solicita.

Al margen de lo anterior, es de observar que de acuerdo con el artículo 98 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.

ii) En ejercicio del derecho de postulación y bajo la legislación colombiana, cualquier persona natural o jurídica puede otorgar poder a un abogado para que la represente judicialmente, para cuyo otorgamiento deberá tenerse en cuenta los requisitos exigidos en los artículos 65 y siguientes del Código General del Proceso, a saber

a) Los poderes generales para toda clase de procesos y los especiales para varios procesos separados, sólo podrán conferirse por escritura pública.

b) En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.

c) El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura o por memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado como se dispone para la demanda, es decir, personalmente.

d) Los poderes o sustituciones de éstos podrán extenderse en el exterior, ante el Cónsul colombiano o el funcionario que la ley local lo autorice para ello; en este último caso su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 259 op. cit.

e) Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorgue hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquélla y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por

establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiere el poder, sea apoderado de otra persona.

A pesar de lo anterior, y para una mayor ilustración debe tenerse en cuenta el Protocolo Interamericano sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes otorgados entre países miembros, el cual señala los requisitos que deben cumplir los poderes conferidos en cualquiera de los países miembros.

iii) De otra parte, es de anotar que los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgó conforme a la ley del respectivo país, conforme al artículo 259 ídem.

iv) En cuanto hace a la forma en que opera la indexación cuando se trata de una obligación contenida en moneda extranjera, procede remitirse a los apartes del Oficio 220- 199276 del 5 de septiembre de 2017:

““El régimen concursal previsto tanto en la Ley 550 de 1999, (Acuerdo de reestructuración), como en la Ley 1116 de 2006, (Proceso de reorganización) faculta al promotor única y solamente para efectos de determinación de los derecho de votos de los acreedores, la actualización de sus obligaciones, utilizando la variación en el índice mensual de precios al consumidor certificado por el DANE, en los términos del numeral 1° del artículo 22 de la Ley 550 de 1999, y 24 de la Ley 1116 de 2006. Formula que puede hallarse en cualquier literatura financiera.

Aunado a lo anterior, el deudor en el acuerdo de reorganización, puede obtener quitas conforme establece el artículo 33 de la Ley 1116 de 2006, lo que le permite reconocer solamente el pago del capital de las obligaciones a los acreedores en el acuerdo de reorganización.

Ciertamente sobre el reconocimiento de la indexación para el pago de las obligaciones en los acuerdos de reorganización, esta Oficina ha puesto de presente el criterio actual de la Entidad, que consulta entre otros la directriz fijada por la H. Corte Suprema de Justicia referente al tema” (Sala de Casación Civil, Marzo 30 de 1984)

Acorde con lo anterior, este Despacho a través del Oficio 220- 178005 del 11 de agosto de 2017, expresó que “En ese sentido la jurisprudencia vigente de este Despacho, reflejada en el Auto del 21 de abril de 2017 de confirmación del Acuerdo de Reorganización de la sociedad xxx, Acta No. 400-000778 del 28 de abril de 2017, considera que “en aquellos acuerdos de reorganización donde se

prescinda absolutamente de la causación de intereses, o del reconocimiento de los mismos o su condonación, es imperativo tener en cuenta que para la efectividad del pago, este debe ser completo y comprender el componente de indexación, la depreciación de la moneda. Así las cosas, de conformidad con lo anotado, se entiende que el pago debe ser indexado, y por tal razón no se requiere que el acuerdo lo indique, pues la pérdida de poder adquisitivo (inflación) es un hecho notorio. Cabe anotar, que cuando se contemple el pago con intereses, éstos contemplan la indexación y el riesgo de la operación, entre otros componentes.

No obstante lo anterior, ha de ser claro que cualquier diferencia sobre la aplicación de este componente en el pago de una obligación en particular, será del resorte exclusivo del juez del concurso, quien en la respectiva instancia procesal definirá sobre su reconocimiento o no”. (El llamado es nuestro).

v) En relación con la pregunta sobre la tasa de cambio se maneja para efectos de la graduación y pago de créditos contenidos en moneda extranjera, y que se pretendan incluir en el acuerdo de reorganización, es pertinente traer a colación el concepto contenido en el Oficio 220- 010062 del 2 de febrero de 2017, a propósito de un caso similar:

“De conformidad con la fuente de las obligaciones (Artículo 1494 del Código Civil) y en especial lo dispuesto en el artículo 1602 del mismo estatuto, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

El culmen del cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor frente a su acreedor en los contratos, trae como consecuencia propia del pago de lo adeudado en razón de la prestación cumplida por parte del acreedor.

En ese entorno, el artículo 874 del Código de Comercio, es muy claro al prescribir:

“Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente a la pactada, cuando éstas no se halle en circulación al tiempo del pago.

Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirían en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario se cubrirán en moneda nacional Colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago. “(Subraya fuera de texto.)

En su oportunidad el artículo 248 del Decreto-Ley número 444 de 1967, prescribía:

“Artículo 248. Las obligaciones en moneda extranjera derivadas de operaciones de cambio exterior, deberán cumplirse en la divisa estipulada, o en su equivalente en moneda legal colombiana a la tasa de cambio vigente el día del pago.”

En el mismo sentido, la Ley 9 de 1991, posteriormente estableció:

“Artículo 28. Estipulación de obligaciones en moneda extranjera. Las obligaciones que se pacten en monedas o divisas extranjeras se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario se cubrirán en moneda legal colombiana, en los términos que fije la Junta Monetaria mediante normas de carácter general.”

El Decreto 1735 de 1993, “Por el cual se dictan normas en materia de cambios internacionales”, igualmente dispuso:

“ARTICULO 3. OPERACIONES INTERNAS. Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana.” (Subraya fura de texto).

Por otra parte, en desarrollo del poder reglamentario la Junta Directiva del Banco de la Republica, mediante Resolución Nro. 8 de 2000, “Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales” en su artículo 79, reguló lo siguiente:

“Artículo 79o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.

“Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada.

“Parágrafo 1. Para efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago.

“Parágrafo 2. No podrán estipularse en moneda extranjera las operaciones que efectúen las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, salvo que correspondan a operaciones de cambio expresamente autorizadas, a contratos de leasing de importación, a seguros de

vida, o se trate de la contratación de los seguros que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9a. de 1991.

“Parágrafo 3. En el caso de obligaciones estipuladas en moneda extranjera diferente al dólar de los Estados Unidos de América se utilizará para los efectos del presente artículo la tasa de conversión determinada de conformidad con el artículo 72 de esta resolución.

“Parágrafo 4. Para calcular el monto de la contribución cafetera cuyo pago se efectúe en el exterior en dólares de los Estados Unidos, según autorización del Gobierno Nacional, deberá utilizarse la tasa de cambio representativa del mercado certificada por la Superintendencia Bancaria para la fecha del pago.

“Parágrafo 5. Los residentes podrán cumplir en moneda extranjera obligaciones derivadas de operaciones internas, si así lo acuerdan, mediante el giro o recepción de divisas en cuentas de compensación abiertas para el efecto.” (Subraya fuera de texto).

(...)

De los anteriores referentes normativos, se desprenden las siguientes premisas que en lo pertinente permiten absolver las inquietudes planteadas:

-En principio las obligaciones pactadas en monedas o divisas extranjeras, se cumplirán en la moneda o divisa estipulada si corresponden a operaciones de cambio.

-Por su parte, las demás obligaciones que se estipulen en moneda extranjera, serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan pactado una fecha o tasa de referencia distinta. (Artículo 79 de la Resolución 8 Resolución Nro. 8 de 2000).

-Para efectos judiciales, respecto del pago de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la tasa representativa del mercado vigente a la fecha de pago, conforme lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 79 de la resolución 8 de 2000.

-Se advierte, que las obligaciones pactadas en moneda extranjera se deben pagar en la moneda o divisa estipulada si legalmente fuere posible; pues en caso contrario, serán canceladas en moneda legal colombiana, según las voces del artículo 874 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 9 de 1991, y parágrafo 5° del artículo 79 de la Resolución 8 Resolución Nro. 8 de 2000.

- Ubicados en el escenario de un proceso concursal, se tiene que para el caso de las obligaciones contraídas en monedas o divisa extranjera, en principio los acreedores y la sociedad deudora concursada, deben cumplir la obligación en la moneda o divisa estipulada, según lo acordado. De tal forma que cualquier cambio sobre el cumplimiento de la obligación primigenia, deberá contar con el consentimiento mutuo de las partes, plasmado en el acuerdo de reorganización, de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, en concordancia con el artículo 822 del Código de Comercio.

Ciertamente, si en su oportunidad las partes no acordaron que el pago de la obligación contraída en moneda o divisa extranjera lo fuera en la misma, se cubrirá en moneda legal colombiana, (“La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago...”), en los términos del artículo 874 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en la Resolución 8 de 2000; de lo contrario se requerirá el consentimiento en tal sentido entre las partes.

-Por consiguiente, la extinción de la obligación dependerá del pacto negocial entre deudor y acreedor inicialmente celebrado, el que en últimas establecerá la forma de extinción de la obligación, a tono con lo mencionado.

-En torno a la monetización de las obligaciones contraídas en monedas o divisas extranjeras, ha de estarse a lo estipulado en las disposiciones legales invocadas, en especial lo previsto en el artículo 874 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 79 de la Resolución 8 Resolución Nro. 8 de 2000, en lo que no riña con la disposición comercial.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal.