

## OFICIO 220-091852 DEL 23 DE MAYO DE 2016

### ASUNTO: GARANTÍAS REALES EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN.

Me refiero a su escrito radicado con el número 2016- 01- 183191, mediante el cual formula una consulta en relación a las garantías reales en los procesos de reorganización, en los siguientes términos:

1. ¿Cómo se desvirtúa que el bien mueble dado en garantía no es necesario para el desarrollo del objeto social de la compañía en reorganización?
2. ¿Cómo se debe presentar la solicitud al juez del concurso?
3. ¿Puede ser clasificado como un bien garantizado un fideicomiso de administración y fuente de pago?
4. ¿Puede ser clasificado como un bien garantizado un fideicomiso en garantía?
5. ¿Cuál es el mecanismo idóneo si la sociedad en reorganización, dispone en el inventario que el bien es necesario para el desarrollo social de la compañía, con la finalidad única y exclusiva de no cumplir con la obligación garantizada?

Al respecto, me permito manifestarle en primer lugar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, esta oficina absuelve las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen los servicios y funciones de la Superintendencia, en desarrollo de lo cual emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, mas no sobre asuntos contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, y en segundo lugar 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 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 esas condiciones, a título meramente ilustrativo procede hacer las siguientes precisiones a la luz de la Ley 1676 de 2013 y el Decreto 1835 de 2015.

- i) De conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la referida ley “A partir de la fecha de inicio del proceso de reorganización no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor sobre bienes muebles o inmuebles necesarios para el desarrollo de la actividad

económica del deudor y que hayan sido reportados por el deudor como tales dentro de la información presentada con la solicitud de inicio del proceso; con base en esta información se dará cumplimiento al numeral 9 del artículo 19 de la Ley 1116 de 2006.

Los demás procesos de ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor, podrán continuar o iniciarse por decisión del acreedor garantizado. El juez del concurso podrá autorizar la ejecución de garantías reales sobre cualquiera de los bienes del deudor, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116, cuando estime, a solicitud del acreedor garantizado, que los citados bienes no son necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor. También procederá la ejecución de los bienes dados en garantía cuando el juez del concurso estime que los bienes corren riesgo de deterioro o pérdida.

Los bienes en garantía reportados por el deudor al inicio del proceso de reorganización de que trata el inciso 1o de este artículo, deberán ser presentados en un estado de inventario debidamente valorado a la fecha de presentación de los estados financieros allegados con la solicitud”.(El llamado es nuestro).

ii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que la misma regula los siguientes aspectos relacionados con los bienes del deudor en proceso de reorganización, así como las garantías reales que pesan sobre los mismos: a) la prohibición según la cual a partir de la fecha de apertura del trámite concursal, no es posible admitir o continuar demanda de ejecución contra el deudor sobre bienes necesarios para el desarrollo de su objeto social; b) la condición de que tales bienes hayan sido reportados por aquél dentro de la información presentada con la solicitud de admisión al proceso de insolvencia; c) la procedencia de la ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor, los cuales podrán continuarse o iniciarse a instancia del acreedor garantizado; d) el requisito de que necesario obtener la autorización del juez concursal, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006; siempre y cuando estime que los citados bienes no son necesarios para la continuación la actividad económica del deudor o considere que los mismos corren riesgo de deterioro o pérdida; y e) los bienes en garantía reportados por el deudor al inicio del proceso, deberán ser presentados en un estado de inventario valorado a la fecha de los estados financieros allegados con la solicitud, aspectos que se analizarán a continuación en el orden descrito:

1.- El primero aspecto, es decir, la prohibición allí establecida, se predica en atención al carácter universal de los mecanismos concursales: reorganización y liquidación judicial, y por ende, se trata de una pérdida de jurisdicción y

competencia para los jueces ordinarios para admitir o continuar demanda de ejecución sobre los bienes del deudor necesarios para el desarrollo de su actividad económica.

2.- El segundo, es un requisito de procedibilidad para la prohibición aludida, consistente en que ésta operará siempre y cuando los bienes hayan sido reportados por el deudor dentro de la información presentada con la solicitud de inicio del proceso concursal.

Acorde con lo anterior, el artículo 2.2.2.4.2.2 del Decreto 1835 de 2015, para efectos de la aplicación de los artículos 50 y 51 de la Ley 1676 de 2013, precisó que son bienes necesarios para el desarrollo de la actividad económica de la empresa, aquellos sin los cuales la empresa no puede llevar a cabo de manera adecuada y eficiente la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o los necesarios para la prestación de sus servicios.

Ahora bien, en el evento de que el deudor haya reportado un bien como necesario para el desarrollo de su objeto social, sin tener dicha connotación, el juez del proceso de insolvencia podrá de oficio o a solicitud de parte adelantar las investigaciones que sean del caso, de cuyo resultado adoptará las medidas pertinentes, pues, como es sabido, uno de los deberes de los administradores es velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, cuya inobservancia los hace responsables solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o terceros, sin perjuicio de las sanciones legales a que hubiere lugar.

3.- El tercer aspecto, permite la ejecución de la garantía real sobre bienes no necesarios para la actividad económica del deudor, cuya exigibilidad se podrá continuar o iniciarse a instancia del acreedor garantizado, a efectos de recuperar el valor de la obligación amparada por fuera del proceso concursal.

4.- El cuarto requisito, se refiere a que previamente a la ejecución de la garantía, se debe obtener autorización del juez del concurso, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, la que tendrá lugar cuando éste considere, con base en los documentos respectivos, que los citados bienes no son necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor o que los mismos corren riesgo de deterioro o pérdida, para lo cual se deberá seguir el procedimiento señalado en el artículo 2.2.2.4.2.33 del Decreto 1035 de 2015.

5.- El último aspecto, tiene que ver con el hecho de que los bienes garantizados reportados por el deudor al inicio del proceso de reorganización, deben figurar en un estado de inventario valorado a la fecha de los estados financieros allegados con la solicitud de apertura del aludido trámite concursal.

Congruente con lo anterior, el artículo 2.2.2.4.2.31 del Decreto 1835 de 2015, preceptúa que “para efectos de la aplicación del artículo 50 de la ley 1676 de 2013, además de los estados financieros que se deben allegar con la solicitud de inicio del proceso de reorganización, el deudor o este y sus acreedores, deberán presentar dentro del estado de inventario de activos y pasivos a que hace referencia el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, la relación de los bienes muebles e inmuebles en garantía con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud debidamente certificado y valorado, suscrito por Contador Público o Revisor Fiscal, según sea el caso.

La valoración corresponderá a lo reflejado en los estados financieros presentados por el deudor y deberá venir acompañado del avalúo que soporta el registro contable.

Adicionalmente, el deudor deberá clasificar los bienes en garantía como necesarios o no necesarios para el desarrollo de su actividad económica, acompañar la información referente a los procesos de ejecución, cobro y mecanismos de pago directo que se encuentren en curso contra el deudor y que afecten sus bienes en garantía, sean estos necesarios o no para el desarrollo de la actividad económica”. (Se subraya).

Lo anterior, sin perjuicio de que los acreedores puedan objetar el inventario valorado según lo reflejado en los estados financieros, dentro del término de traslado del mismo, de conformidad con los artículos 29 y 30 de la Ley 1116 de 2006, entre otros aspectos, la relación de bienes en garantía, el valor por el que fueron relacionados y la clasificación asignada, como necesarios o no necesarios para el desarrollo de la actividad económica.

Por su parte en cuanto al contrato de fiducia mercantil es de advertir que este como aspecto esencial, implica la transferencia de los bienes afectos al cumplimiento de una finalidad determinada, y comporta el surgimiento de un patrimonio autónomo deslindado del resto del activo del fiduciario sujeto a dicha finalidad.

Sobre el particular, el artículo 1226 del Código de Comercio preceptúa que "La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario”. (El llamado es nuestro).

La fiducia mercantil, puede ser de varias clases: de inversión, de garantía y de administración.

La Fiducia de Inversión, tiene por objeto la inversión de recursos financieros o del fideicomitente, ya sea en beneficio propio o de un tercero.”

En lo que atañe a la figura de la fiducia en garantía, hay que tener en cuenta que ésta no es más que una modalidad contractual de naturaleza atípica e innominada que originalmente surgió dentro del tráfico mercantil y financiero como un instrumento negocial que permite a las partes que concurren a la celebración de un contrato de fiducia mercantil o de un encargo fiduciario, la utilización de dicha modalidad de contrato para el respaldo y pago rápido y seguro, con cargo a los bienes que se entregan a la entidad fiduciaria para su manejo y administración, de obligaciones contraídas con terceros, los cuales asumen la calidad de acreedores beneficiarios.

Tal figura fue recogida y regulada por la Superintendencia Bancaria (Hoy Superintendencia Financiera de Colombia), en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, específicamente en el numeral 2.9 del Capítulo Primero, Título Quinto, al tenor del cual “(...) Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”. (El llamado por fuera del texto original).

Ahora bien, como quiera que la fiducia en garantía, se reitera, es una modalidad atípica contractual que toma las mismas fuentes y principios de la fiducia mercantil o del encargo fiduciario, según la naturaleza contractual fiduciaria a que las partes convengan acudir, su celebración, desarrollo y ejecución estarán sujetos, en un todo, a lo previsto por las partes en el acto constitutivo.

Así las cosas, certificados de garantía son, como su nombre lo indica, constancias o certificaciones que la entidad fiduciaria expide, en calidad de titular y vocera del patrimonio autónomo constituido con los bienes muebles o inmuebles que sean transferidos a título de fiducia mercantil o entregados como encargo fiduciario por el fideicomitente para respaldar y atender el pago de las obligaciones contraídas con terceros acreedores en caso que el deudor incumpla.

El procedimiento, modalidad de expedición, monto, coberturas, términos y condiciones atinentes a dicho mecanismo fiduciario de garantía, compete definirlos a las partes del negocio, atendiendo lo establecido en el acto constitutivo y/o en las instrucciones impartidas por los fideicomitentes.

En lo que respecta a la fiducia de administración y fuente de pago, se tiene que en tal virtud el fideicomitente transfiere algunos de bienes a la fiduciaria para que esta los administre y con los recursos obtenidos pague las obligaciones a cargo de aquél allí determinadas.

Luego, los bienes transferidos bajo esta modalidad no pueden ser considerados como bienes garantizados, pues su finalidad es única y exclusivamente de administración.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida 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 Jurisprudencia en temas de insolvencia, como la Circular Básica Jurídica, entre otros.