

## **OFICIO 220-092991 DEL 25 DE MAYO DE 2016**

### **ASUNTO: GARANTÍAS REALES EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN O DE LIQUIDACION JUDICIAL**

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2016- 01- 189997, mediante el cual formula una consulta en relación a las garantías reales en los procesos de reorganización, en los siguientes términos:

- 1, Si bien el Artículo en mención dispone que la ejecución de garantías será autorizada sólo en el evento que el bien no sea necesario para el desarrollo del objeto social, ¿cuál es el proceso mediante el cual un acreedor en un proceso de reorganización puede desvirtuar y probar a la Superintendencia de Sociedades que hay un bien de propiedad del deudor que no es requerido para el desarrollo del objeto social de la compañía en reorganización, inclusive si el deudor así lo indicó en el inventario presentado en la solicitud de admisión?
2. En el evento que sea posible desvirtuar las aseveraciones del deudor respecto al bien dado en garantía, ¿Cómo se debe presentar la solicitud al juez del concurso?
3. ¿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?
4. En el caso de probarse que la sociedad en reorganización presentó el inventario-con la finalidad mencionada en la pregunta anterior, ¿Por dichos comportamientos del deudor se puede dar aplicación a algún tipo de sanción?
5. ¿Es posible que en un proceso concursal de reorganización mercantil, las sociedades fiduciarias inicien el proceso de liquidación de los bienes dados en garantía de acuerdo al procedimiento previsto en el contrato de fiducia mercantil correspondiente, sin que para ello medie autorización de la Superintendencia de Sociedades aún si no se está poniendo en disposición de los acreedores los activos conseguidos productos de la liquidación de los bienes dados en garantía?
6. ¿Es posible que en un proceso concursal de liquidación judicial, las sociedades fiduciarias inicien el proceso de liquidación de los bienes dados en garantía de acuerdo al procedimiento previsto en el contrato de fiducia mercantil correspondiente, sin que para ello medie autorización de la Superintendencia de Sociedades aún si no se está poniendo en disposición de los acreedores los activos conseguidos productos de la liquidación de los bienes dados en garantía?

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, la de 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.

Consecuente con lo anterior, es pertinente traer los apartes del Oficio 220- 091852 del 23 de mayo de 2016, mediante el cual este Despacho con fines meramente informativos se refirió a los temas motivo de sus inquietudes en el marco de las disposiciones legales aplicables, particularmente la Ley 1676 de 2013 y el Decreto 1835 de 2015.

“i) De conformidad con lo previsto en el artículo 50 ibídem (de la Ley 1676/2013) “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 que adelanta un proceso de reorganización, así como las garantías reales que pesan sobre los mismos: a) la prohibición, de que a partir de la fecha de apertura del trámite concursal, no podrá admitirse o continuarse demanda de ejecución contra el deudor sobre bienes necesarios para el desarrollo de su objeto social; b) 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) que para tal efecto, es 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 que se dé la prohibición de admitir o continuar demandas de ejecución contra el deudor sobre los bienes necesarios para el desarrollo de su objeto social, siempre y cuando éstos hayan sido reportados por aquél 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, preciso, para efectos de la aplicación de los artículos 50 y 51 de la Ley 1676 de 2013, que se entenderá 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 de 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, los cuales podrán continuarse 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, siempre y 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 lo previsto en 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...”.

(...)

De otra parte, cabe precisar que en un proceso concursal de reorganización o de liquidación judicial no es posible que la sociedades fiduciarias inicien el proceso de liquidación de los bienes dados en garantía, de acuerdo al procedimiento previsto en el contrato de fiducia mercantil correspondiente, sin la respectiva autorización de juez del concurso, en este caso, la Superintendencia de Sociedades, porque de una parte, la ley no previó dicha posibilidad, y de otra, los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios reciben un tratamiento diferente dependiendo si se trata de un proceso de reorganización empresarial o de liquidación judicial.

En el primer caso, los contratos continúan vigentes, pero no se podrán ejecutar sin autorización previa del juez del concurso, salvo que se trate de fiducias mercantiles que tengan por objeto la emisión de títulos o titularizaciones colocadas a través del mercado público de valores.

En el segundo evento, los contratos al igual de lo que sucede cuando no se presenta el acuerdo de reorganización o no se confirma éste, la apertura del proceso liquidatorio implica por mandato legal, la terminación y finalización de los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, con las consecuencias jurídicas que ello comporta, cual es que los bienes objeto de los mismos deben ser restituidos al patrimonio a liquidar, inclusive los dineros que constituyan la fuente de pago de tales contratos, y los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, según la naturaleza de los bienes fideicomitidos, circunstancia esta que se aplica

para los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia cuando respecto de la empresa se inicie un proceso de reorganización, cuyas obligaciones serán objeto del acuerdo que se llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

De otro lado, se tiene que el artículo 12, Decreto 1038 de 2009, establece “Para efectos de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley”. (El resaltado por fuera del texto original).

De la simple lectura de la norma se advierte que el legislador estableció una excepción a la restitución de los bienes fideicomitidos, cual es la exclusión de la masa liquidatoria de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil para obtener financiación el deudor. Siempre y cuando se den las condiciones allí previstas.

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, los conceptos que la Entidad emite, la Circular Básica Jurídica, la Guía sobre Procesos concursales y la compilación sobre Jurisprudencia en insolvencia.