

**OFICIO 220- 050986 DEL 10 DE ABRIL DE 2018**

**REF.: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS BIENES QUE HACE PARTE DE UN PATRIMONIO AUTÓNOMO EN EL MARCO DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL.**

Me remito a su comunicación radicada bajo el número 2018 – 01 – 067730, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad sobre los siguientes aspectos:

1. Se informe cuál es el principio, norma o regla de la entidad respecto a los bienes inmuebles que hacen parte del patrimonio autónomo de una fiduciaria y cuyo fideicomitente solicita ante la Superfinanciera se le admita con base en la Ley 1116 de 2006 en una reestructuración económica.
2. ¿Los bienes que hace parte de un patrimonio autónomo de una fiduciaria deben ser incluidos en la masa patrimonial del deudor en ley de reestructuración cuando este es el Fideicomitente?

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Así mismo es preciso advertir que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte no le es dable a esta Superintendencia 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, como sería en caso de los temas que son materia de su solicitud.

Bajo esos presupuestos, a título meramente ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas, en el entendido que el artículo 3º de la Ley 1116 de 2006, excluye de manera expresa del régimen de insolvencia empresarial las entidades sometidas a supervisión de la Superintendencia Financiera y, que la

inquietud se enfoca directamente sobre la situación de las personas jurídicas en trámite de reorganización.

1. Es de indicar que el artículo 43 de la Ley 1116 de 2006 establece lo siguiente:

“En relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas:

1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa.

2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos.

3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto.

4. Si durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor gozará de la misma prelación que le otorgaba el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien.

5. La constitución, modificación o cancelación de garantías, o la suspensión o conservación de su exigibilidad derivadas del acuerdo, requerirá el voto del beneficiario respectivo y bastará la inscripción de la parte pertinente del mismo en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar nuevamente ningún otro documento y, salvo pacto en contrario, compartirá proporcionalmente el mismo grado de todos aquellos acreedores que concedan las mismas ventajas al deudor. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestarán mérito ejecutivo.

6. La estipulación de un acuerdo de reorganización que amplíe el plazo de aquellas obligaciones del deudor que cuenten con garantes personales o con

cauciones reales constituidas sobre bienes distintos de los del deudor, no pone fin a la responsabilidad de los garantes ni extingue dichas cauciones reales.

7. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, el acreedor que cuente con garantías reales o personales constituidas por terceros para amparar créditos cuyo pago haya sido contemplado en el acuerdo, podrá iniciar procesos de cobro contra los garantes del deudor o continuar los que estén en curso al momento de la celebración del acuerdo.(...) ”.

A su turno, el artículo 3º de la Ley 1676 de 2013 dispone que las garantías mobiliarias a que se refiere la ley mencionada, se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía.

El artículo 50 de la misma Ley 1676 de 2013, por su parte indica que, 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 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. Así lo anterior, 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, por lo cual, 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, lo que procederá también, cuando el juez del concurso estime que los bienes corren riesgo de deterioro o pérdida.

De lo expuesto se colige según concepto de este Despacho, que en el contexto de la reorganización, el espíritu de la realización de las garantías mobiliarias se enfoca en hacer compatibles los intereses del acreedor garantizado, con el propio del concurso, por lo cual en etapa procesal respectiva, se habrá de definir la calidad de acreedor y de consiguiente la aplicación de las reglas que al efecto procedan en los términos del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 ya mencionada.

Es de reiterar, que el acreedor con garantía mobiliaria, se circunscribe dentro de las siguientes opciones:

1. Que el bien del cual es acreedor garantizado, sea necesario para el desarrollo del objeto social del deudor, por lo cual para el pago tendrá una de las dos opciones siguientes: a) someterse a las condiciones que se pacten en el acuerdo de reorganización, b) solicitar el pago preferente sobre los demás acreedores, como mecanismo de materializar la garantía que le pueda ser reconocida.
2. Que el bien no sea necesario para la actividad económica del deudor y por tanto, en virtud de lo determinado en el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013, el acreedor garantizado podrá continuar o iniciarse, por decisión propia, los respectivos procesos de ejecución, por lo cual, es preciso obtener la autorización del juez concursal, en los términos del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.<sup>1</sup>

Es relevante observar que el artículo 2.2.2.4.2.2 del Decreto 1835 de 2015, definió que los bienes necesarios, de acuerdo a lo establecido en los artículos 50 y 51 de la Ley 1676 de 2013, son aquellos que se requieren para el desarrollo de la actividad económica de la empresa, los reportados por el deudor, como 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.

A ese propósito, el mismo concepto emitido por esta Oficina mediante Oficio No. 220 – 092991 del 25 de mayo de 2016, al que se hizo alusión, manifestó:

“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

---

1 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220—092991 (25 de mayo de 2016). Asunto: Garantías reales en el proceso de reorganización o de liquidación judicial. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-092991.pdf#search=reorganizacion%20fiducia%20en%20garantia](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-092991.pdf#search=reorganizacion%20fiducia%20en%20garantia)

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”.”.

Por otro lado aunque es sabido, no sobra enfatizar que los contratos de fiducia no son ajenos a los efectos del concurso, por lo cual su cumplimiento en cada caso queda supeditado a las reglas sobre la actividad regular del deudor. Así entonces, el contrato respectivo será estudiado de manera independiente por el Juez del concurso, con el fin de definir el tratamiento a que haya lugar en el proceso de reorganización y, en ese sentido se evaluara entre otras circunstancias, el tipo de fiducia, si el deudor en concurso es el fideicomitente, si las obligaciones garantizadas están a cargo del concursado, el tipo de obligación y su surgimiento, y si los bienes afectos al contrato fueron transferidos por el concursado.

No obstante, la doctrina de esta Entidad ha explicado claramente que el acuerdo de reorganización está revestido de un carácter universal, el cual comprende el patrimonio realizable del deudor, los postulantes o acreedores como titulares de derechos de carácter patrimonial exigibles, y un proceso especializado en las reglas establecidas bajo la Ley 1116 de 2006, del que conoce la Superintendencia de Sociedades en virtud de sus funciones jurisdiccionales otorgadas por norma. Así es que su concepto se tiene que:

“(…)

i) El acuerdo de reorganización, es según doctrina reiterada de este Organismo, un proceso de carácter universal desde tres puntos de vista: objetivo, subjetivo y procesal. El primero, comprende todo el patrimonio realizable del deudor, sin la individualización que caracteriza los procesos de carácter ejecutivo, en los cuales el acreedor insatisfecho persigue cosas o bienes concretos; desde el ángulo subjetivo, es un proceso en el deben actuar como demandantes o postulantes todos los titulares de derechos de carácter patrimonial exigibles al tiempo de abrirse el mismo, o figurar en la relación de acreedores del deudor, según el caso; y desde el ángulo procesal, atrae y consolida en torno a un solo conductor todos los procesos ejecutivos que se estén adelantando contra el deudor, no para remplazar a los jueces que venían conociendo de tales asuntos sino más bien para permitir que reunidos todos los acreedores se pueda lograrse un diagnóstico sobre la situación económica del deudor concursado y celebrar un acuerdo de reorganización en la forma y términos señalados en la ley de insolvencia.

ii) En desarrollo de lo expuesto, se tiene que sin la autorización de la Superintendencia de Sociedades no podrá, entre otros, efectuarse la constitución y ejecución de garantías, incluyendo las fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad, ni mucho menos pueden éstas liquidar los bienes existentes para atender al pago de los acreedores beneficiarios y de sus propios honorarios, cuyas acreencias deberán aparecer en la relación de acreedores (artículo 25 ibídem).

iii) En efecto, el artículo 17 ejusdem, prevé que a partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo las fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuar enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido, salvo autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

Por su parte, el parágrafo 2.º de la citada norma, prevé que a partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia la misma sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones a los administradores señaladas en el párrafo anterior.

De otra parte, la mencionada disposición preceptúa que tratándose de la ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, no requerirá la autorización a que se refiere este artículo. Tampoco se requerirá en el caso de que la operación en cuestión corresponda a la ejecución de una fiducia mercantil en garantía que haga parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores. (...)”<sup>2</sup>

En los términos expuestos su solicitud ha sido atendida, debiendo reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y, que en la Página WEB de esta Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite, la Circular Básica Jurídica y la compilación sobre jurisprudencia concursal, entre otros.

---

2 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220—144501 (21 de julio de 2016). Asunto: Contratos de fiducia mercantil en garant+ia dentro de los procesos de reorganización y liquidación judicial. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-144501.pdf#search=reorganizacion%20fiducia%20en%20garantia](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-144501.pdf#search=reorganizacion%20fiducia%20en%20garantia)