

OFICIO 220-144501 DEL 21 DE JULIO DE 2016

ASUNTO: CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL EN GARANTIA DENTRO DE LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACION JUDICIAL

Me refiero a su escrito radicado con el número 2016- 01- 355270, mediante el cual, previa las consideraciones allí expuestas formula a esta Entidad una consulta relacionada con los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, en los siguientes términos:

(a) Si con ocasión de la celebración un contrato de fiducia mercantil con fines de garantía, se constituyó un patrimonio autónomo afecto al pago de determinadas obligaciones pero las mismas nunca nacieron y el fideicomitente se encuentra en estado de reorganización:

- ¿En un proceso de reorganización empresarial, este contrato continúa vigente y debe solicitarse su terminación al juez del concurso?

Este contrato, de seguir vigente, podría renegociarse (solicitándolo previamente al juez) y por tal vía acordar entre las partes restituir los bienes fideicomitados al patrimonio del fideicomitente?

- De no continuar vigente el aludido contrato, sin requerirse pronunciamiento del juez, pues carecería de objeto (por inexistencia de obligaciones garantizadas) y habría devenido en imposible ¿Quién debe efectuar la transferencia de los bienes fideicomitados de nuevo al patrimonio del deudor? ¿Quién tiene capacidad para disponer sobre los bienes fideicomitados?

- ¿Habiendo o no resultado el contrato en imposible, o debiendo ser éste terminado por el juez, puede disponer de los bienes el beneficiario del patrimonio autónomo? ¿Puede disponer sobre los bienes fideicomitados especialmente ordenando su restitución al patrimonio del deudor en reorganización?

- Habiendo o no resultado el contrato en imposible, o debiendo ser éste terminado por el juez, puede disponer de los bienes el fideicomitente considerando que no existe un acreedor garantizado con capacidad de disposición sobre los mismos?

- Si el beneficiario o fideicomitente no tiene capacidad de disposición, puede transferir los bienes el fiduciario sin instrucción especial (esto dentro de sus capacidades en el contrato) y restituir los bienes al patrimonio del reorganizado o, debe ordenarlo el juez?

¿La ejecución de cuáles de los actos arriba señalados resultaría ineficaz de pleno derecho?

(b) Si con ocasión de la celebración un contrato de fiducia mercantil con fines de garantía, se constituyó un patrimonio autónomo que tiene como bienes fideicomitidos a las acciones de la misma compañía incurrida en liquidación:

- ¿La restitución de los bienes fideicomitidos (acciones de la sociedad en liquidación) implica una restitución del activo? ¿La restitución de los bienes fideicomitidos implicaría la determinación o conformación definitiva de los deudores del pasivo?

- Producto del efecto de la finalización de los contratos en la liquidación, pero considerando la especial naturaleza de los bienes fideicomitidos (acciones de la sociedad en liquidación), ¿Se debe restituir los mismos a la masa a liquidar?

-Considerando la naturaleza de los bienes fideicomitidos (acciones de la sociedad en liquidación), que de restituirse, podría no ser restitución del activo, ¿Es necesario para proceder a liquidar el patrimonio autónomo esperar la orden del juez y adelantar luego la restitución?

- Considerando la especial naturaleza de los bienes fideicomitidos (acciones de la sociedad en liquidación o pasivo interno), ¿El acreedor garantizado cuenta con capacidad de disposición sobre los mismos?

- Si el acreedor garantizado autoriza la restitución voluntaria de los bienes fideicomitidos (acciones de la sociedad en liquidación), dicha restitución puede decidir imputarse a quienes originalmente gravaron las acciones? Si para los fines de la restitución debe esperarse la orden del juez, ¿La materialización de la misma implicaría que el deudor-accionista incurrido en liquidación sería en adelante quien originalmente fue acreedor garantizado?

- ¿Pueden las partes del contrato de fiducia pedir la continuación del mismo al juez (considerando el despropósito de restituir las acciones de la misma sociedad para conformar la masa y culminar su proceso liquidatorio) y por ésta vía renegociarlo para desgravar las acciones comprometidas y, lograr consolidar su titularidad definitiva en quien en principio fungió como deudor garantizado?

- Si los bienes fideicomitidos gozan de la exclusión de la masa a liquidar que opera en virtud de la inscripción del contrato a la que hace alusión el Decreto 1038 de 2009 en los correspondientes registros, ¿Los acreedores garantizados en este caso tienen libre disposición de las acciones que sirven de garantía?

- ¿La ejecución de cuáles de los actos arriba señalados resultaría ineficaz de pleno derecho?

Al respecto, me permito manifestarle, de una parte, que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, la de absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen servicios y funciones de la Superintendencia, es decir, de carácter general y abstractas que se le formulen sobre temas de derecho estrictamente societario regulado por la legislación mercantil, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y no sobre temas contractuales, procedimentales o jurisdiccionales, y de otra, que según 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.

No obstante lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz de la Ley 1116 de 2006, por el cual establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones:

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 logarse 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 párrafo 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.

iv) Del estudio de la mencionada disposición, se observa que la finalidad de la prohibición es proteger la universalidad objetiva y subjetiva e igualdad que debe darse en todo proceso de insolvencia, toda vez que el patrimonio deudor constituye la prenda general de todos los acreedores, y por lo tanto, la capacidad dispositiva del deudor debe restringirse a aquellos actos necesarios para su funcionamiento y que no comprometan su patrimonio. Así mismo, determina, de una parte, que si los acreedores pierden el derecho de ejecución individual o separada y el proceso de insolvencia es el único escenario previsto para hacer valer sus créditos, no tiene razón de ser acudir a otros mecanismos para obtener el pago de los mismos, y de otra, que el principio de igualdad hace relación a que todas las obligaciones deberán ser atendidas dentro del proceso en las mismas condiciones para todos los acreedores.

v) Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, “Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretar el deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esta fecha.

Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales.

El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte.

Cuando no fuere posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8º de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias:

1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en proceso de ejecución.
2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación...”

vi) Del análisis de la norma antes transcrita, se desprende que el legislador consagró cinco reglas fundamentales en relación con los contratos celebrados por una empresa que se encuentre adelantando el trámite de un proceso de reorganización empresarial, a saber: 1) la imposibilidad de terminar unilateralmente cualquier contrato firmado antes de la fecha de apertura del proceso; 2) la prohibición de decretar la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha; 3) **terminación de los contratos por el incumplimiento de obligaciones causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización;** 4) la posibilidad de renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de trato sucesivo, entre los cuales se encuentran los de arrendamiento o de leasing; y 5) si ello no fuere posible, solicitar al juez la terminación del contrato respectivo, previo el trámite incidental y el procedimiento allí previsto.

Cosa distinta es cuando dentro de un proceso de reorganización empresarial, no se presente o confirme el acuerdo, en cuyo caso los efectos relacionados con los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, según el artículo 38 ibídem son los siguientes: a) La culminación de dichos contratos celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo autorización para continuar su ejecución, impartida por el juez del proceso; y b) la finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

Los acreedores beneficiarios serán tratados como acreedores con garantía prendaria e hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

En cambio tratándose de un proceso de liquidación judicial, los efectos de la apertura de dicho proceso entre otros, son a la luz del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, los siguientes: i) la terminación de los contratos de tracto sucesivo, de cumplimiento diferido o de ejecución instantánea, no necesarios para la preservación de los activos, así como los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas, salvo por aquellos contratos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización para continuar su ejecución impartida por el juez del concurso; y ii) La finalización de pleno derecho de los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil celebrados por el deudor, con el fin de garantizar obligaciones propias o ajenas con sus propios bienes. El juez del proceso ordenará la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes que conforman el patrimonio autónomo. Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.

vii) Así las cosas, los contratos de fiducia mercantil o encargos fiduciarios, reciben un tratamiento diferente dependiendo si trata de un proceso de reorganización empresarial o de una liquidación judicial, en el primer caso, los contratos continúan vigentes, pero no se podrán ejecutar sin autorización expresa 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 confirme este, la apertura del proceso de liquidación 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 constituían la fuente de pago de tales contratos, y los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados, se repite, como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos, circunstancia esta que se aplica para los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia mercantil cuando respecto de la empresa se inicie un proceso de reorganización, cuyas obligaciones serán objeto del acuerdo que se llegará a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.