

OFICIO 220-089805 DEL 28 DE AGOSTO DE 2019

REF: EL REGISTRO ESTABLECIDO LEY 1676 DE 2006, TENDRÁ PARA EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL CON FINES DE GARANTÍA LOS MISMOS EFECTOS DE PUBLICIDAD PREVISTOS EN EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY 1116 DE 2006.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta consulta relativa a los sistemas de registro dentro de los cuales se deben inscribir tanto las garantías mobiliarias como las constituidas sobre inmuebles, inquietudes que se resolverán en el orden propuesto.

La competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

Así, 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 Entidad 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 que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica este Despacho se permite resolver la consulta en el siguiente contexto:

i.- “(...). Conforme a la legislación vigente en Colombia ¿en cuáles sistemas de registro deben inscribirse los actos de enajenación y/o transferencia sobre bienes inmuebles?”

Los actos de transferencia de **bienes inmuebles**, están sujetos a la formalidad de la inscripción en el registro de la **Oficina de Registro de Instrumentos Públicos**, conforme lo dispuesto por los artículos 740¹, 756², 796³ del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 1579 de 2012⁴

¹ “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales.”



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

2“(…) Art. 756. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca.

3“(…) Art. 796. Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario.

La constitución de todo fideicomiso que comprenda o afecte un inmueble, deberá inscribirse en el competente registro.

4“(…) Artículo 4°. Actos, títulos y documentos sujetos al registro. Están sujetos a registro:

a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles;

b) Las escrituras públicas, providencias judiciales, arbitrales o administrativas que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones y la caducidad administrativa en los casos de ley;

c) Los testamentos abiertos y cerrados, así como su revocatoria o reforma de conformidad con la ley.

Parágrafo 1°. Las actas de conciliación en las que se acuerde enajenar, limitar, gravar o desafectar derechos reales sobre inmuebles se cumplirá y perfeccionará por escritura pública debidamente registrada conforme a la solemnidad consagrada en el Código Civil Escritura Pública que será suscrita por el Conciliador y las partes conciliadoras y en la que se protocolizará la respectiva acta y los comprobantes fiscales para efecto del cobro de los derechos notariales y registrales.

Parágrafo 2°. El Gobierno Nacional reglamentará el Registro Central de Testamentos cuyo procedimiento e inscripciones corresponde a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.

5“(…) Artículo 1228. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida Mortis causa, deberá serlo por testamento.

6“(…) Artículo 146.-NORMAS GENERALES DE LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS

1. Normas aplicables a los encargos fiduciarios. En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto.

2. Solemnidad en los contratos de fiducia mercantil. Las sociedades fiduciarias podrán celebrar contratos de fiducia mercantil sin que para tal efecto se requiera la solemnidad de la escritura pública, en todos aquellos casos en que así lo autorice mediante norma de carácter general el Gobierno Nacional.

3. Publicidad de los contratos de fiducia mercantil. Los contratos que consten en documento privado y que correspondan a bienes cuya transferencia esté sujeta a registro deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.

7“(…) Parágrafo. El Gobierno Nacional reglamentará los casos en los cuales los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía se excluyen de la masa de la liquidación en provecho de los beneficiarios de la fiducia.

8“(…) Artículo 123. Publicidad de los contratos de fiducia mercantil que consten en documento privado. Los contratos de fiducia mercantil que consten en documento privado deberán inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante, **sin perjuicio de la inscripción o registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, deba hacerse conforme a la ley.** (Negrilla fuera de texto).

9“(…) Parágrafo. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. **El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.** (Negrilla fuera de texto).

10“(…) Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente ley, los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil.

Respecto del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía, adicional al requisito de registro indicado anteriormente, se debe cumplir con el requisito de inscripción en el registro de las garantías mobiliarias administrado por Confecámaras, con fines de exclusión del proceso de liquidación judicial, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, a tono con lo dispuesto por los artículos 1228⁵ del Código de Comercio, artículo 146 núm. 2 y 36 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, parágrafo del artículo 557 y 1238 de la Ley 1116 de 2006, artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, parágrafo9, del artículo 3° y parágrafo10 del artículo 21 de la Ley 1676 de 2013.

ii.- “(…) considerando que el registro de instrumentos públicos da publicidad a los instrumentos que graven los bienes raíces y que la Ley 1676 de 2013



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

establece que sobre bienes inmuebles por adhesión o por destinación, pueden constituirse garantías mobiliarias, ¿en cuáles sistemas de registro deben inscribirse los gravámenes sobre bienes inmuebles?

El régimen de garantías mobiliarias, permite la constitución de garantías sobre **bienes muebles denominados inmuebles por adhesión o por destinación**, garantía esta que deberá cumplir con los requisitos de oponibilidad y registro previstos en los artículos 21 y siguientes, 38 y 41 núm. 4 y siguientes de la Ley 1676 de 2013.

Sobre este particular pueden verse los Oficios 220-074969 del 05 de junio de 2015, y 220-150173 del 11 de noviembre de 2015.

Así mismo, los **gravámenes hipotecarios** que se constituyan sobre bienes inmuebles, deben registrarse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos conforme lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 1579 de 2012, y en el registro previsto para las garantías mobiliarias.

Una **garantía hipotecaria** sobre un bien inmueble, constituida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, no tiene la obligación de registrarse en el registro de garantías mobiliarias administrado por Confecámaras.

En Oficio 220-152055 del 3 de octubre de 2018, esta Oficina precisó lo siguiente:

“(…) ¿Cuál es, entonces, el régimen de vigencia de los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013, respecto de la garantía constituida sobre bienes inmuebles? Como quiera que la normativa no previó nada sobre el particular, debe el intérprete elucidar su vigencia a partir del principio de irretroactividad de la ley, según el cual “la nueva ley no puede desconocer derechos, hechos jurídicos y relaciones jurídicas, válidamente formados bajo el imperio de la ley anterior, ni los efectos que estos hayan producido bajo su vigencia”. Según esto, entonces, al no haber previsto el legislador de manera expresa reglas sobre aplicación de la ley en el tiempo para las garantías inmobiliarias, se impone concluir que respecto de ellas no cabe consideración distinta a su efecto a futuro o ex nunc, en obsequio a la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley contenida en el artículo 58 Superior.

De lo anterior se desprenden varias consecuencias en el contexto concursal, así:

- (i) Los negocios jurídicos de hipoteca que se hayan perfeccionado antes de la vigencia de la Ley 1676 de 2013, es decir, antes del 21 de febrero de 2014, conservan en el concurso la calificación derivada de las normas vigentes al momento de su constitución.*

- (ii) Los negocios jurídicos de hipoteca perfeccionados del 21 de febrero de 2014 en adelante, gozarán de los privilegios concursales, en lo que corresponda, previstos en los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 de 2013.*



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

(iii) La noción de acreedor concursal con garantía inmobiliaria no corresponde, conceptualmente, a la de acreedor garantizado del artículo 8° de la Ley 1676 de 2013.

“(…) A este propósito, el acreedor con garantía hipotecaria, en el escenario de los procesos concursales de reorganización, en virtud de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 1676 de 2016, podrá iniciar la ejecución judicial, de que trata el artículo 61, estos es, inscribir el formulario registral de ejecución en el registro de garantías mobiliarias, que contiene los datos requeridos en el artículo 65 numeral 3° como exigencia previa para el trámite del proceso, registrar el formulario registral de inscripción inicial, esto es: “3. Para enviar las copias del formulario registral de ejecución, se utilizará la dirección prevista para cada una de las partes en el formulario registral de inscripción inicial o en el último formulario de modificación.” (Subraya fuera de texto)., en los termino de los numerales 1° y ss del artículo 61 y numeral 3° del artículo 65 de la ley 1676 de 2013.

De este modo, queda claro cuáles son los **sistemas de registro** que deben surtirse tanto para garantías sobre bienes muebles denominados **inmuebles por adhesión o por destinación**, como para los gravámenes hipotecarios sobre bienes inmuebles y su ejecución a la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013.

3. “(…) Dado que bienes muebles como vehículos y naves tienen un sistema de registro, y teniendo en cuenta que la Ley 1676 de 2013 permite la constitución de garantía mobiliarias sobre todo bien mueble al que se atribuya un valor económico, sean fungibles, corporales y/o incorporeales, derechos, contratos o acciones, ¿cuáles son los sistemas de registro en los que deben inscribirse los actos mediante los cuales se constituyan gravámenes sobre los bienes muebles?

Los sistemas de registro en los que debe inscribirse los actos mediante los cuales se constituya gravámenes sobre los bienes muebles, depende de las características de los bienes así:

3.1. Garantías mobiliarias sobre bienes muebles y su oponibilidad.

La Ley 1676 de 2013, en lo referente a las garantías sobre bienes muebles ha establecido que pueden ser objeto de tal gravamen, “(…) todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporeales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico”, de conformidad con lo previsto por el artículo 611 de la Ley 1676 de 2013.

11 “(…) Artículo 6°. Bienes en garantía. Para garantizar obligaciones presentes y futuras, propias o ajenas, el garante podrá, además de los casos contemplados en la ley, constituir garantías mobiliarias a favor del acreedor garantizado sobre:

1. Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria.
2. Derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual.
3. Derecho al pago de depósitos de dinero.
4. Acciones, cuotas y partes de interés representativas del capital de sociedades civiles y comerciales, siempre que no estén representadas por anotaciones en cuenta.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

5. Derechos a reclamar el cumplimiento de un contrato que no sea personalísimo por el obligado o por un tercero designado por las partes como cumplidor sustituto

6. **En general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico.** (Negrilla fuera de texto)

12 “(...) Artículo 21. Mecanismos para la oponibilidad de la garantía mobiliaria. Una garantía mobiliaria será oponible frente a terceros por la inscripción en el registro o por la entrega de la tenencia o por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, razón por la cual no se admitirá oposición ni derecho de retención frente a la ejecución de la garantía, a la entrega, a la subasta o a cualquier acto de ejecución de la misma en los términos establecidos en esta ley.

Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente ley, los efectos de las garantías mobiliarias frente a terceros se producirán con la inscripción en el registro, sin que se requiera de inscripción adicional en el Registro Mercantil.

13 “(...) Artículo 2.2.2.4.1.35. *Registro de garantías mobiliarias sobre bienes sometidos a registros distintos del de propiedad industrial y del de vehículos automotores.* Las garantías mobiliarias sobre bienes cuya transferencia de derechos debe ser inscrita en los registros distintos del de propiedad industrial y de vehículos automotores, se inscribirán exclusivamente en el Registro de Garantías Mobiliarias a partir de su entrada en funcionamiento.

Así mismo, el citado régimen estableció que para que una garantía mobiliaria sea **oponible** frente a terceros debe: 1) inscribirse en el registro de garantías mobiliarias administrado por Confecámaras, o 2) por la entrega de la tenencia o 3) por el control de los bienes en garantía al acreedor garantizado o a un tercero designado por este de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 siguientes y 38¹² de la ley ibídem.

3.2 Garantía mobiliaria sobre vehículos y su registro.

El artículo 2.2.2.4.1.36 del Decreto 1835 de 2015, dispuso:

*“(...) Artículo 2.2.2.4.1.36. Registro de garantías mobiliarias sobre vehículos automotores. La inscripción de las garantías mobiliarias sobre vehículos automotores matriculados se hará en el Registro Nacional Automotor siguiendo las reglas y requerimientos de información establecidos en este decreto para el formulario de inscripción inicial...”*¹³

Las garantías mobiliarias sobre propiedad intelectual, se inscribirá en el registro especial correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8° definiciones (registro especial), 11 y 36 de la Ley 1676 de 2013. Específicamente, se refiere a Superintendencia de Industria y Comercio.

3.3. Limitaciones al ámbito de aplicación de las garantías mobiliarias.

El artículo 4° del régimen de garantías mobiliarias ha prescrito que su alcance no se extiende a las garantías cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público, así:

“(...) Artículo 4°. Limitaciones al ámbito de aplicación. Las garantías de las que trata esta ley podrán constituirse sobre cualquier bien mueble, salvo aquellos cuya venta, permuta, arrendamiento o pignoración o utilización como garantía mobiliaria esté prohibida por ley imperativa o de orden público.

Se exceptuarán de lo dispuesto en esta ley las garantías mobiliarias otorgadas sobre:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

1. Bienes muebles tales como las aeronaves, motores de aeronaves, helicópteros, equipo ferroviario, los elementos espaciales y otras categorías de equipo móvil reguladas por la Ley 967 de 2005.
2. Valores intermediados e instrumentos financieros regulados en la Ley 964 de 2005 y las normas que la modifiquen o adicionen.
3. Garantías sobre títulos valores, que seguirán las reglas del Código de Comercio, y
4. Depósito de dinero en garantía, cuando el depositario es el acreedor.

Por todo lo anterior, se puede vislumbrar un panorama más claro de cuáles son los sistemas de registro que se emplean sobre la constitución de garantías mobiliarias sobre distintos bienes muebles como las limitaciones al ámbito de aplicación del régimen de garantías en comento.

4. “(...) ¿Bajo qué supuestos deben registrarse garantías reales o fiduciarias que afecten bienes inmuebles en el registro de garantías mobiliarias administrado por Confecámaras?

Este aspecto fue precisado en el punto primero y segundo de este escrito, por lo cual los argumentos allí expuestos son suficientes y responden la inquietud, sin embargo, resalto que las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía deben registrarse tanto en la Oficina de registro e instrumentos públicos correspondientes como en el Registro de Garantías Mobiliarias administrado por Confecámaras.

5. “(...) De conformidad con el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, que reglamenta el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, se excluyen de la masa de liquidación los bienes que hayan sido otorgados por el deudor a título de fiducia mercantil con fines de garantía, si este contrato se encuentra registrado en el registro de Cámara de Comercio en el domicilio del fiduciante o en el registro que corresponda conforme a la ley, de acuerdo a la clase de acto o naturaleza de los bienes.

Por otro lado, la Ley 1676 de 2013, establece que en los procesos de liquidación podrán excluirse de la masa de liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía, si esta se encuentra inscrita en el registro de garantías mobiliarias, o el que corresponda conforme a la clase de acto o con la naturaleza de los bienes. En esta misma norma, se establecen las formas de adjudicación del bien dado en garantía, de acuerdo al valor que este tenga y el valor de la obligación garantizada.

De acuerdo con lo anterior, ¿el mecanismo de exclusión previsto en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006 fue derogado por la Ley 1676 de 2013? En este mismo sentido, ¿bajo qué supuestos es aplicada cada una de las disposiciones en mención?



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

5.1. Publicidad y registro de los contratos de fiducia mercantil objeto de exclusión de la masa de la liquidación judicial.

El párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, el cual permitió la posibilidad de exclusión de la masa de liquidación los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía concordancia con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 1579 de 20124, (muebles o inmuebles), siempre y cuando se cumpla con el requisito de publicidad de estar inscritos en el registro mercantil la Cámara de Comercio; sin embargo, el párrafo del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, dispuso lo siguiente:

14 En la fiducia mercantil, se transfiere la titularidad del derecho de dominio de los bienes fideicomitidos, que puede ser muebles o inmuebles, a la entidad fiduciaria. 15 “(...) Artículo 52. Las garantías reales en los procesos de liquidación judicial. Los bienes en garantía de propiedad del deudor en liquidación judicial podrán excluirse de la masa de la liquidación en provecho de los acreedores garantizados o beneficiarios de la garantía siempre y cuando la garantía esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias 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.

“(...) Parágrafo. Al contrato de fiducia en garantía se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.” (Negrilla y subraya fuera de texto).

El requisito del registro de los referidos contratos en el registro establecido para las garantías mobiliarias, en los términos del artículo 38 de la Ley 1676 de 2013, sin consideración alguna al tipo de bien transferido, pues el citado párrafo no hace distinción, excepción ni restricción alguna en ese sentido, amén del cumplimiento de las demás formalidades de registro que de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, perentoriamente deba hacerse en los términos de ley, es necesario para efectos de la exclusión.

El anterior procedimiento de exclusión de los bienes de la masa de la liquidación de la sociedad, se surte sin menoscabo de los derechos pensionales, luego frente a la existencia de tal pasivo, eventualmente no operaría dicha exclusión, lo que corresponderá verificar y precisar en cada caso.

5.2. La Ley 1676 de 2013 no derogó el artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.

Definido lo anterior, la Ley 1676 de 2013, estableció que los contratos mediante los cuales se constituyan las garantías mobiliarias sobre uno o varios bienes muebles a tono con lo dispuesto por los artículos 3° y 6° de la Ley 1676 de 2016, tienen la connotación de ser contratos principales, los que tienen el propósito fundamental de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas sean de dar, hacer o no hacer, del garante.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Así mismo, en los contratos de garantías mobiliarias no se trasmite el dominio de los bienes, como si acontece con los contratos de fiducia mercantil referidos.

Ciertamente, el régimen de garantías mobiliarias reguló la forma en que las **garantías reales** podrían ser objeto de exclusión tanto en el ámbito de los procesos de reorganización como en el de liquidación judicial, en los términos de los artículos 50 y 52¹⁵ de la Ley 1676 de 2013.

Si el valor del bien dado en garantía no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada este bien podrá ser directamente adjudicado por el juez del concurso al acreedor garantizado.

Si el valor del bien supera el valor de la obligación garantizada, el producto de la enajenación se adjudicará en primera medida al acreedor garantizado y el remanente se aplicará a los demás acreedores en el orden de prelación legal correspondiente. El acreedor garantizado podrá optar por quedarse con el bien en garantía y pagar el saldo al liquidador para que lo aplique al pago de los demás acreedores.

De operar el pago por adjudicación, al acreedor garantizado se le adjudicará el bien hasta concurrencia del valor de la obligación garantizada y el remanente será adjudicado a los demás acreedores en el orden de prelación legal.

En todo caso, lo establecido en el presente artículo no aplicará en detrimento de derechos pensionales.

Parágrafo. La exclusión de los bienes en garantía en los procesos de liquidación judicial se hará sin perjuicio de los acuerdos que puedan celebrarse entre el acreedor garantizado y el liquidador, cuando los bienes en garantía hagan parte de la unidad de explotación económica del deudor y esta pueda venderse en los términos del parágrafo del artículo 81 de la Ley 1116 de 2006. Enajenado el bien en garantía el liquidador asignará al acreedor garantizado el valor del bien.

Pues bien, en lo referente con la exclusión de las **garantías reales** en los procesos de liquidación judicial en los términos del artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, quedan inmersos en dicho procedimiento no solo: 1) las garantías mobiliarias propiamente dichas, 2) como también las garantías hipotecarias sobre bienes inmuebles, constituidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley en comento, sin desconocer que tal procedimiento no operará en detrimento de derechos pensionales.

En efecto, en relación con los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía en los que se hayan transferido bienes (muebles o inmuebles), para efectos de su exclusión de la masa de la liquidación judicial, se perfecciona conforme al procedimiento y formalidades especiales mencionadas en el acápite anterior (5.1) en el que se ilustra el procedimiento de publicidad para este tipo de contratos, sin desconocer, la operatividad del pago en caso de exclusión previsto por el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013.

Como se puede observar, una cosa son los **contratos de fiducia mercantil** con fines de garantía que se constituyen con el propósito de exclusión de la masa de la liquidación judicial, y otra cosa es la constitución de las **garantías reales** llámese **mobiliarias** propiamente dichas, como también las **garantías hipotecarias** constituidas sobre bienes inmuebles, la cuales también pueden ser objeto de exclusión.

Si bien el procedimiento para la exclusión de los bienes afectos a garantías reales y a los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía dentro del proceso de liquidación judicial, es uno solo, conforme a lo previsto por el artículo 52 de la Ley



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

1676 de 2013, no puede perderse de vista que se trata de dos contratos diferentes, en sus elementos esenciales, naturales y posiblemente accidentales.

Por lo que se puede sostener, que si bien, es similar la redacción el artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, con lo previsto por el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, el cual fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, la norma posterior no lo derogó.

6. “(...) Si el parágrafo del artículo 55 no ha sido derogado, ¿es la inscripción de la garantía fiduciaria sobre bienes muebles o inmuebles la inscripción válida y/o exigible para la aplicación de la exclusión prevista en la norma en mención? Esto considerando el artículo 2.2.2.4.2.47 del Decreto 1074 de 2015, según el cual puede solicitarse la exclusión de los bienes en garantía, si esta es oponible por la tenencia, el registro o el control.

Adicionalmente, ¿qué requisitos debe cumplir el registro de la garantía fiduciaria, sea sobre bienes muebles o inmuebles, para ser válida y solicitar la exclusión en el proceso de liquidación?

El artículo 2.2.2.4.2.47. Del Decreto 1835 de 2015, compilados por el Decreto 1074 de 2015, prescribe:

*“(...) Exclusión de bienes en garantía. A partir de la apertura del proceso de liquidación judicial y dentro de los seis (6) meses siguientes al inicio del proceso o dentro del plazo previsto en el artículo 37 de la Ley 1116 de 2006, el acreedor garantizado podrá solicitar al juez del concurso la exclusión de los bienes en garantía de propiedad del deudor **siempre y cuando la garantía haya sido oponible, ya sea por la tenencia, por el registro o por el control.***

*Para hacer efectiva la exclusión, el acreedor garantizado solicitará al juez del concurso la enajenación o apropiación del bien en garantía de conformidad con las reglas establecidas para el efecto en el artículo 69 de la Ley 1676 de 2013. **La anterior regla no aplicará frente al contrato de fiducia en garantía, al cual se le aplicarán las reglas previamente pactadas en el contrato.** (Negrilla fuera de texto).*

Es decir, que para que opere la exclusión de los bienes de la masa de la liquidación, se exige que la **garantía mobiliaria** haya sido siempre oponible frente a terceros, según el caso, ya sea **por su tenencia**, como en el caso prescrito en el artículo 33 de la Ley 1676 de 2013¹⁶, ya sea **por el registro** o **por el control** de conformidad con lo previsto por el artículo 34¹⁷ del mismo régimen de garantías mobiliarias.

16 “(...) **Artículo 33. Oponibilidad de una garantía mobiliaria sobre bienes en manos de un tercero depositario.** Para efectos de **oponibilidad y prelación de una garantía mobiliaria con tenencia del acreedor, constituida sobre bienes entregados a un tercero depositario o almacén general de depósito que no ha emitido un título representativo de la tenencia legítima sobre bienes por parte del acreedor, no se requiere de su inscripción en el registro.**

Para la entrega de los bienes objeto de la garantía por parte del acreedor garantizado a un tercero, se requerirá consentimiento expreso del garante.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Si el garante no autoriza la entrega al tercero depositario el acreedor garantizado podrá mantener la tenencia del bien o devuelvalo al garante. En este último caso, el bien devuelto continuará afecto a la garantía, aunque sin la tenencia por parte del acreedor. En este caso se aplicará la regla de la conversión de la garantía establecida en esta ley. Deberá notificarse por escrito al tercero de la existencia de esta garantía mobiliaria. (Negrilla fuera de texto).

17 "(...) Artículo 34. *Constitución y oponibilidad de la garantía mobiliaria sobre depósitos en cuentas bancarias.* La garantía mobiliaria sobre depósitos en cuentas bancarias, se constituye y se hace oponible mediante la adquisición del control por parte del acreedor garantizado.

Lo dispuesto en este capítulo no impide que la institución depositaria ejerza su derecho de compensación.

Asimismo, la institución depositaria no estará obligada a suscribir un contrato de control, aun cuando así lo solicite el depositante.

Ahora bien, frente a la oponibilidad **por el registro** en mención, para los contratos en los cuales han sido transferidos bienes a título de fiducia mercantil con fines de garantía, el **requisito de publicidad** que se exigía por el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006, el cual fue reglamentado por el artículo 12 del Decreto 1038 de 2009, debía surtirse siempre y cuando el respectivo contrato se inscribiera en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el 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, para que pudieran ser excluidos de la masa de la liquidación.

Sin embargo, frente a la formalidad del requisito de publicidad indicado, hoy se cumple el registro de tal contrato en el registro de garantía mobiliaria, administrado por Confecámaras conforme a lo prescrito por el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1676 de 2013, así:

*(...) Parágrafo. Al **contrato de fiducia en garantía** se aplicará lo dispuesto en la presente ley en lo referente al registro, la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario. **El registro establecido en esta ley tendrá para el contrato de Fiducia Mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el parágrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006.*** (Negrilla y subraya fuera de texto).

Es decir, para que se puedan excluir los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía, de la masa de la liquidación, se hace necesario cumplir con el requisito de publicidad acotado en el párrafo anterior, siempre y cuando no afecte derechos pensionales.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la P.Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.