



1

# NEGOCIOS FIDUCIARIOS E INSOLVENCIA



# Contenidos

- I. Aspectos generales de los negocios fiduciarios
- II. Normativa y jurisprudencia sobre insolvencia relevante para los negocios fiduciarios – algunos casos prácticos
- III. Negocios fiduciarios y garantías mobiliarias



# I. Aspectos generales de los negocios fiduciarios



# 1. Noción de “negocios fiduciarios”

- La Superintendencia Financiera de Colombia los caracteriza como: *“(...) aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Dentro de este concepto se incluyen la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y las normas que la modifiquen o sustituyan.”*



## 2. Tipos de contratos fiduciarios

- Fiducia mercantil
- Encargo fiduciario
- Fiducia pública
- Encargo fiduciario público



## 3. Modalidades según la finalidad

- Administración: cartera, derechos económicos, otros bienes, fideicomisos empresariales
- Inversión
- Garantía (propriadamente dicha, y de fuente de pago)
- Inmobiliarios
- Titularización



## 4. Fiducia mercantil

- C.Co.: *“La fiducia 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 ó enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de este o de un tercero llamado **beneficiario o fideicomisario**.”*
- Contrato comercial, principal, conmutativo, usualmente de ejecución sucesiva, puede ser a plazo o a término indefinido.
- Figura flexible, admite multiplicidad de formas de estructuración.



## 4.1. Transferencia de la propiedad

- El fideicomitente transfiere a título de fiducia mercantil unos bienes determinados, trasladando el derecho de dominio sobre los bienes fideicomitidos, y recibiendo a cambio los **derechos fiduciarios** correspondientes.
- La fiducia mercantil es un título traslativo del derecho real de dominio o propiedad sobre los bienes fideicomitidos, en virtud del cual éste pasa del fideicomitente al patrimonio autónomo, cuyo vocero es el fiduciario, de modo tal que una vez efectuada la tradición la propiedad de los bienes fideicomitidos se radica en el patrimonio autónomo administrado por el fiduciario.





## 4.2. Separación y afectación de los bienes fideicomitidos - formación del patrimonio autónomo

- C.Co.: *“Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.”*
- Los bienes fideicomitidos se aíslan jurídicamente de los bienes del fideicomitente y del fiduciario, y, en consecuencia, no pueden ser perseguidos por los acreedores de ellos.



## 4.3. Naturaleza del patrimonio autónomo

- El patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, no es persona jurídica, pero se constituye en receptor de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.
- El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebra y ejecuta todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.



## 4.4. Obligaciones garantizadas con los bienes fideicomitidos

- C.Co: *“Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida.”*
- La ley establece un tratamiento de responsabilidad limitada, que es consecuencia de la afectación de los bienes fideicomitidos al cumplimiento de la finalidad del contrato de fiducia mercantil.



## 4.5. Terminación del contrato

- A la terminación del contrato de fiducia mercantil el fiduciario debe transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley (C.Co., art. 1234, num. 7).
- Previo a la restitución de bienes al fideicomitente se debe liquidar el patrimonio autónomo, lo que supone el pago de los pasivos del fideicomiso con cargo a sus activos, siendo el remanente lo que puede ser restituido.
- El fiduciario conserva las facultades necesarias para efectuar la liquidación, de la misma forma como sucede en las sociedades.



## 5. Encargo fiduciario

- Contrato atípico, consensual, suele hacerse por escrito privado.
- Instrucción al fiduciario para el cumplimiento de la finalidad definida por el constituyente.
- Objeto: (i) Realización de inversiones; (ii) administración de bienes; (iii) ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, o (iv) administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece.



## 5. Encargo fiduciario (cont.)

- Los bienes se entregan al fiduciario, sin transferencia de la propiedad, y no se forma patrimonio autónomo (lo mismo sucede en la fiducia pública y el encargo fiduciario público).
- El fiduciario es un mero tenedor de los bienes con base en el contrato de encargo fiduciario.
- La propiedad de los bienes entregados al fiduciario se mantiene en cabeza del constituyente.
- Aplicación subsidiaria de reglas de la fiducia mercantil y del mandato.



## II. Normas de insolvencia relevantes para negocios fiduciarios



# 1. Finalidad del régimen de insolvencia

- *“(...) la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización empresarial y liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor” (L. 1116/06, art. 1º)*
- El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y sanciona las conductas que le sean contrarias.
- La Ley 1676 de 2013 (LGM), estableció reglas sobre garantías en procesos de insolvencia.





## 2. Proceso de reorganización - objeto

- El proceso de reorganización empresarial pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.
- El D. 1835/15, reglamentario de la LGM, regula el trámite de ejecución de los bienes en garantía no necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, en el proceso de reorganización.



## 2.1. “Suspensión” del negocio fiduciario

- Por la iniciación del proceso de reorganización no puede decretarse la terminación unilateral de los contratos de fiducia mercantil y encargo fiduciario.
- Desde la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores, entre otras cosas, (i) ejecutar garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad, y (ii) 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 y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.
- El contrato no termina, pero se suspende. Tratamiento originado en el caso de Paz del Río en la década de los años 90, consolidado en la Ley 550/99.



## 2.1. “Suspensión” del negocio fiduciario (cont. 1)

- La suspensión del negocio fiduciario recae sobre los aspectos relacionados con la ejecución de la garantía fiduciaria. P. ej., adelantamiento del procedimiento de realización de los bienes fideicomitidos, y pago de las obligaciones garantizadas.
- No debe afectar el cumplimiento de otras prestaciones contractuales. P. ej., recaudo de recursos provenientes de los bienes fideicomitidos, inversión temporal de dineros, separación de los bienes fideicomitidos, contabilidad del fideicomiso, rendición de cuentas.



## 2.1.1. Caso práctico – entrega de recursos

- Panthers Machinery: antes de iniciar el proceso, el deudor celebró dos contratos de fiducia mercantil, de administración y fuente de pago con fines de garantía, a favor de algunos acreedores (leasing y financieros).
- Iniciado el proceso, se pidió al juez del concurso ordenar a la fiduciaria abstenerse de continuar pagando los créditos a los beneficiarios, y entregar los recursos al deudor.
- La Superintendencia de Sociedades le ordenó a la fiduciaria abstenerse de pagar los créditos causados con anterioridad al inicio del proceso, y entregar al deudor los dineros que se encuentren en el fideicomiso, **excepto los necesarios para cubrir los gastos de administración.**



## 2.1.1. Caso práctico (cont. 1)

- *“(...) la orden de abstención de pago que se le impartirá a la fiduciaria, se refiere solamente a las obligaciones que hayan sido causadas con anterioridad a la fecha de admisión de la sociedad al proceso de reorganización (...). Lo anterior, porque la arquitectura del proceso concursal, en particular según lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, fue concebida tomando en consideración que las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de admisión al proceso de reorganización tienen la calidad de gastos de administración y deben ser atendidas a medida que se van causando”*



## 2.1.1. Caso práctico (cont. 2)

- Dicha orden fue recurrida, argumentando, entre otras cosas, que los recursos de los PAs fueron cedidos irrevocablemente y no deben quedar afectos al concurso, y que el juez del concurso no puede exigir a terceros la entrega de recursos que garantizan unas obligaciones precisas frente a ciertos acreedores, ni decidir sobre el contrato.
- La Superintendencia de Sociedades confirmó la orden, señalando “(...) *la naturaleza transitoria, prevalente y excepcional del derecho de insolvencia*” (art. 126).



## 2.1.1. Caso práctico (cont. 3) Implicaciones

- La entrega de los recursos del PA por parte de la fiduciaria al deudor concursado, afecta la garantía de los acreedores beneficiarios respecto de las obligaciones causadas con anterioridad a la iniciación del proceso de reorganización.
- No solo se suspende la ejecución de la garantía, sino que además la orden de entrega de recursos impartida implicaba prácticamente su pérdida, y la alteración de los contratos de fiducia mercantil mediante esa decisión judicial.





## 2.1.1. Caso práctico (cont. 4) Implicaciones

- Este tratamiento puede hacer nugatorio el privilegio concursal que el acreedor garantizado tiene de que una vez confirmado el acuerdo de reorganización se pague su obligación con preferencia a los demás acreedores que hacen parte del acuerdo (con cargo a la garantía y hasta concurrencia de su valor), pues al haberse entregado previamente los recursos del patrimonio autónomo al deudor no quedaría nada en el vehículo fiduciario para realizar ese pago.





## 2.1.2. Caso práctico - graduación

- Conalvias: la Superintendencia de Sociedades gradúa los créditos garantizados con base en los bienes que haya en el PA el día de la admisión, dejando de lado los que puedan ingresar después.
- En rigor deberían tenerse en cuenta todos los activos que en desarrollo del fideicomiso ingresen al patrimonio autónomo que se mantiene vigente, porque ese es el alcance de la garantía constituida.



## 2.2. Sanciones por ejecución del negocio fiduciario y presentación de beneficiarios

- Ineficacia de pleno derecho de las operaciones.
- Sanciones administrativas.
- Los acreedores beneficiarios del negocio fiduciario deben presentarse al proceso de reorganización.



## 2.3. Excepciones a la “suspensión” del negocio fiduciario

- Ejecución de fiducias mercantiles cuyos patrimonios autónomos estén constituidos por los bienes objeto de titularizaciones, colocadas a través del mercado público de valores, y
- Ejecución de fiducias mercantiles en garantía que hagan parte de la estructuración de una emisión de títulos colocados a través del mercado público de valores. Ej, caso Interbolsa – bonos de Luxemburgo.
- Protección de fideicomisos mercantiles de garantía vinculados al mercado de valores (Ley 964 de 2005).



## 2.4. Vigencia del acuerdo de reorganización

- Los créditos amparados por negocios fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase, 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. ¿La fiducia en garantía es una garantía real o personal?
- Se suspende la exigibilidad de las garantías fiduciarias. La posibilidad de hacerlas efectivas tiene que pactarse en el acuerdo.
- Lo anterior no aplica a las fiducias mercantiles que tengan por objeto la emisión de valores o que hagan parte de la estructuración de una emisión de valores.



## 2.5. No presentación / falta de confirmación del acuerdo de reorganización

- Salvo los que tengan por objeto la emisión de valores o la garantía de una emisión de valores, terminan 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 autorización para continuar su ejecución, impartida por el juez del proceso.
- El juez debe ordenar la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes al deudor.
- Serán tenidas como obligaciones del fideicomitente las adquiridas por cuenta del patrimonio autónomo.
- Los acreedores beneficiarios del PA serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.



### 3. Proceso de liquidación judicial

- El proceso liquidatorio persigue la liquidación pronta y ordenada del deudor, buscando el aprovechamiento de su patrimonio.



## 3.1. Terminación de negocios fiduciarios

- Uno de los efectos jurídicos de la apertura de la liquidación judicial es la terminación de pleno derecho de los contratos de fiducia mercantil o encargo fiduciario, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, sobre bienes propios y para amparar obligaciones propias o ajenas; salvo aquellos respecto de los cuales se hubiere obtenido autorización del juez del concurso para continuar su ejecución o estén excluidos.
- En caso de terminación, el juez debe ordenar la cancelación de los certificados de garantía y la restitución de los bienes al deudor en el plazo que al efecto se fije.



## 3.1. Terminación de negocios fiduciarios

- Las obligaciones adquiridas por el PA serán tenidas como obligaciones del fideicomitente, asimiladas a prendarias o hipotecarias según la naturaleza de los bienes.
- La masa de bienes del deudor en liquidación responderá por las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso.
- También terminan otros contratos fiduciarios no necesarios para la preservación de los activos del deudor (salvo los relacionados con emisiones de valores).





## 3.2. Exclusión de bienes de la masa

- Ley 1116/06, parágrafo del art. 55, y su decreto reglamentario. *“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.”*
- LGM, art. 52.



## 3.2.1. Exclusión de bienes fideicomitidos con fines de garantía – D. 1038 / 09 (D. 1074/15)

- Para efectos de lo dispuesto en el párrafo 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 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.
- También se excluyen los bienes de los patrimonios autónomos constituidos como mecanismos de normalización para garantizar el pago de pasivos pensionales.



## 3.2.1.1. Requisitos concurrentes para que proceda esta exclusión

- Que los bienes se hayan transferido por el deudor a título de fiducia mercantil, con fines de garantía, para obtener financiación.
- Que el contrato de fiducia mercantil con fines de garantía se haya inscrito 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 .
- Que el patrimonio autónomo se constituya como mecanismo de normalización para garantizar el pago de pasivos pensionales.



## 3.2.1.2. Destinación de remanentes

- Si una vez pagadas las obligaciones de los acreedores del contrato de fiducia mercantil con fines de garantía, quedare un remanente, este será incorporado a la masa de bienes del fideicomitente deudor en proceso de insolvencia, los cuales responderán por las obligaciones de conformidad con las prelación de ley aplicables al concurso.



## 3.2.2. Exclusión de bienes objeto de garantías mobiliarias - LGM

- El registro establecido en la LGM tiene para el contrato de fiducia mercantil con fines de garantía los efectos previstos en el párrafo del art. 55 de la Ley 1116/06.
- 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 esté inscrita en el registro de garantías mobiliarias o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o contrato o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley.



## 3.2.2. Exclusión de bienes objeto de garantías mobiliarias – LGM (cont.)

- Si el valor del bien dado en garantía no supera o es inferior al valor de la obligación garantizada el bien puede ser directamente adjudicado por el juez del concurso al acreedor garantizado. En caso contrario, el producto de la enajenación se aplica primero al acreedor garantizado y el remanente se aplicará a los demás acreedores en el orden de prelación legal correspondiente.
- Para hacer efectiva la exclusión, el acreedor garantizado debe solicitar la enajenación o apropiación del bien en garantía conforme al art. 69 de la LGM (venta de bienes en garantía); sin embargo, a renglón seguido se dispone que esta regla no opera frente al contrato de fiducia en garantía, al cual se le aplicarán las reglas previamente pactadas en el contrato.



## 3.3. Caso práctico

- Datapoint: Dentro de la liquidación judicial de este deudor, la fiduciaria y los dos acreedores beneficiarios, solicitaron la exclusión de los bienes (derechos económicos contractuales) que conformaban el PA del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, garantía y fuente de pago.
- Otro acreedor, beneficiario de otro contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos, solicitó la exclusión de los bienes del PA. El PA recibió créditos del acreedor beneficiario, con los cuales adquiriría insumos que luego vendía al fideicomitente, y con el producto de tales ventas debía atender los créditos obtenidos.



## 3.3. Caso práctico (cont. 1)

- En el primer caso, la Superintendencia de Sociedades encontró procedente la exclusión de la masa de los bienes que al momento de la apertura del proceso de liquidación se encontraban en el PA, más no de los bienes que a esa fecha no habían ingresado. Aplicó reglas de la L. 1116 y el D. 1074/15.
- Por lo tanto dispuso que los dineros *“que, en condiciones normales de existencia de la fiducia deberían haber sido puestos a órdenes del patrimonio autónomo, y que no hayan alcanzado a ser entregados al patrimonio antes de la apertura del proceso, deberán ser entregados a la sociedad en insolvencia”*, invocando la terminación de pleno derecho del contrato fiduciario de conformidad con el art. 50.7 de la Ley 1116/06.





## 3.3. Caso práctico (cont. 2)

- Al resolver el recurso de reposición, la Superintendencia de Sociedades señaló que: *“el patrimonio autónomo no puede recibir bien alguno luego de la apertura de la liquidación, siendo este el término de corte sobre la estimación de dichos bienes”*.
- Añadió que: *“en claro que los contratos de fiducia terminan por ministerio de la ley, es evidente que el fideicomitente, quien deja de serlo, es el titular de los bienes que iban a ser transferidos al patrimonio autónomo (...) si el patrimonio autónomo no puede continuar teniendo la calidad de cesionario, naturalmente las sumas de dinero que produzca la ejecución del contrato deben ir a la sociedad en liquidación”*



## 3.3. Caso práctico (cont. 3) implicaciones

- Al tomar como base para la exclusión solamente los bienes que al momento de la apertura del proceso de liquidación se encontraban en el PA, y ordenar la entrega de los demás recursos al deudor, el juez del concurso priva al acreedor beneficiario de parte de su garantía fiduciaria, correspondiente a los demás bienes que en desarrollo del contrato fiduciario debían ingresar al PA pero no habían ingresado a esa fecha. P ej., a la fecha de referencia en el PA había \$100 (que se excluyen) y faltaba por ingresar \$1000 más (que no se excluyen y se entregan al deudor en liquidación).
- El acreedor otorga crédito teniendo en cuenta todos los flujos que con base en los derechos fideicomitidos deben ingresar al PA.



## 3.3. Caso práctico (cont. 4) implicaciones

- Al ceder irrevocablemente el fideicomitente al PA los derechos económicos derivados de un contrato celebrado con un tercero, este debe pagar lo adeudado al PA cesionario, que jurídicamente es el legitimado para recibirlo, y no al fideicomitente cedente.
- La ley concursal ordena la exclusión de la masa de la liquidación de los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía (en el caso considerado, los derechos económicos contractuales fideicomitados y los flujos dinerarios asociados), sin hacer la distinción temporal que hizo la Superintendencia de Sociedades.



## 3.3. Caso práctico (cont. 5) implicaciones

- La circunstancia de la terminación *ipso iure* del contrato fiduciario como efecto de la apertura del proceso de liquidación no debe alterar el alcance pleno de la exclusión de bienes, establecido en la ley concursal.
- Además, la ley sustancial establece que a la terminación del contrato de fiducia mercantil el fiduciario debe transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley.
- Previo a la restitución de bienes al fideicomitente se debe liquidar el patrimonio autónomo, lo que supone el pago de los pasivos del fideicomiso con cargo a sus activos, siendo el remanente lo que puede ser restituido.
- El patrimonio autónomo no desaparece automáticamente por la terminación del contrato de fiducia mercantil, y el fideicomitente mantiene esa calidad hasta que culmine la liquidación del patrimonio autónomo.



## 3.3. Caso práctico (cont. 6)

- En el segundo caso, la Superintendencia calificó el contrato de fiducia mercantil como de administración y fuente de pago, sin función de garantía, dado lo cual no se le podía aplicar el privilegio de exclusión de la masa de la liquidación.
- Por lo tanto negó la solicitud de exclusión y habida cuenta de la terminación del contrato le ordenó a la fiduciaria que transfiera a la sociedad en liquidación judicial, los bienes que se encuentran en el PA.
- Importa la configuración del contrato fiduciario, debe tener función de garantía.



## 4. El patrimonio autónomo fiduciario como sujeto del régimen de insolvencia

- Los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales están sometidos al régimen de insolvencia. Novedad frente a la Ley 550/99.
- Los patrimonios autónomos afectos a actividades empresariales tienen por objeto principal adelantar en forma organizada la administración o custodia de bienes destinados a procesos de producción, transformación, circulación o prestación de servicios.
- Actividades continuas, no ocasionales.



## 4.1. Casos prácticos

- Campollo y Tisa: en estos casos, los patrimonios autónomos fiduciarios: *“celebraron contratos en los que asumieron la calidad de acreedores y deudores con terceras personas; fueron los patrimonios autónomos los que se endeudaron directamente con terceros, quienes no tenían la simple calidad de beneficiarios del patrimonio autónomo, sino que eran verdaderos acreedores del mismo”*.
- Importa quién es la contraparte contractual en la operación de endeudamiento (fideicomitente o PA).



# III. Negocios fiduciarios y garantías mobiliarias





# 1. Noción legal de “garantía mobiliaria”

- LGM, art. 3º, inciso segundo y párrafo: *“(...) toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante”*
- *“Párrafo: 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 (...) los efectos previstos en el párrafo del artículo 55 de la Ley 1116 de 2006”*
- La LGM aplica a las garantías mobiliarias constituidas antes de su entrada en vigencia (art. 85).



## 2. ¿La fiducia de garantía sobre bienes muebles es una garantía mobiliaria?

- Existe debate sobre si la fiducia de garantía sobre bienes muebles es o no una garantía mobiliaria, por cuanto: (i) la LGM no la menciona expresamente dentro del listado que trae de tales garantías, (ii) la LGM le aplica “*en lo referente al registro la oponibilidad y la restitución de la tenencia del bien objeto de comodato precario*”, y (iii) el Decreto 1835 de 2015 establece que a los negocios fiduciarios con fines de garantía y fuente de pago les aplicarán los mecanismos de pago establecidos en el respectivo contrato, y no los mecanismos especiales dispuestos para las garantías mobiliarias.
- ¿Este listado legal es taxativo o enunciativo?
- El legislador usó las expresiones “*independientemente de su forma o nomenclatura*” y “*entre otros*”.



### 3. Ejecución de la garantía fiduciaria

- La Superintendencia de Sociedades ha dicho que dada la amplitud de la LGM (art. 6.6), es posible que un contrato de fiducia sirva a la finalidad de una garantía mobiliaria.
- Se toman en cuenta las normas sobre registro de la garantía y prelación para la graduación y calificación del crédito garantizado.
- Para los efectos propios de la ejecución de la garantía fiduciaria, la Superintendencia de Sociedades aplica el régimen de insolvencia de la Ley 1116/06, modificado por la LGM y el D 1835/15, según se trate de un proceso de reorganización o de liquidación judicial.



## 4. Caso práctico - bienes necesarios

- Caso Panthers Machinery, fiducia sobre dinero, de cara al art. 50 de la LGM: El deudor debe haber reportado los bienes como necesarios con la solicitud de inicio del proceso de reorganización.
- *“(...) es el juez del concurso quien debe decidir sobre la necesidad o no de los bienes para el desarrollo de la actividad económica del deudor, y lo hará al momento de resolver sobre la solicitud de ejecución que le sea elevada por el acreedor garantizado”*
- Como la garantía se asienta sobre el dinero afecto al PA, *“(...) se trata del insumo empresarial por excelencia, es el arquetipo de bien necesario (...) el bien más necesario de todos”*, debe permanecer en el patrimonio del deudor en concurso.



¡ Gracias por su  
atención !