

**UNDÉCIMO CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO CONCURSAL 2017 -  
CARTAGENA DE INDIAS D.T.**

**FIDUCIA E INSOLVENCIA**

**PANEL 4: CONTRATOS DE FIDUCIA SIN FINES DE GARANTÍA E INSOLVENCIA**

*“Algunas reflexiones sobre la aplicación de los principios concursales de la universalidad y de la igualdad en las fiducias mercantiles de administración y fuente de pago perfeccionadas previamente al inicio del proceso de reorganización”*

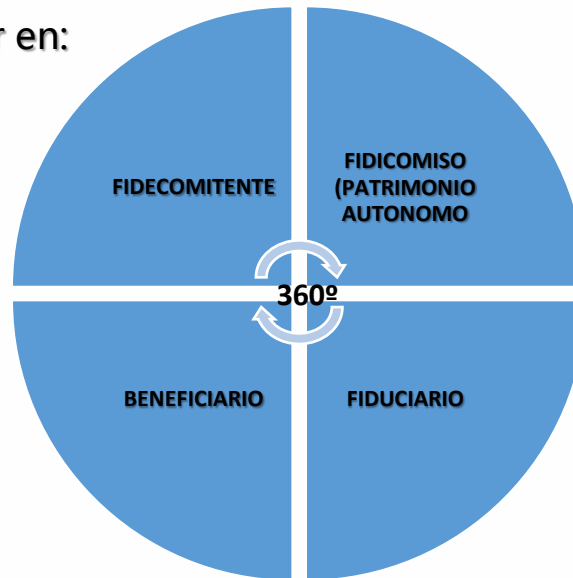
**ÁLVARO ANDRÉS GONZÁLEZ BRICEÑO**



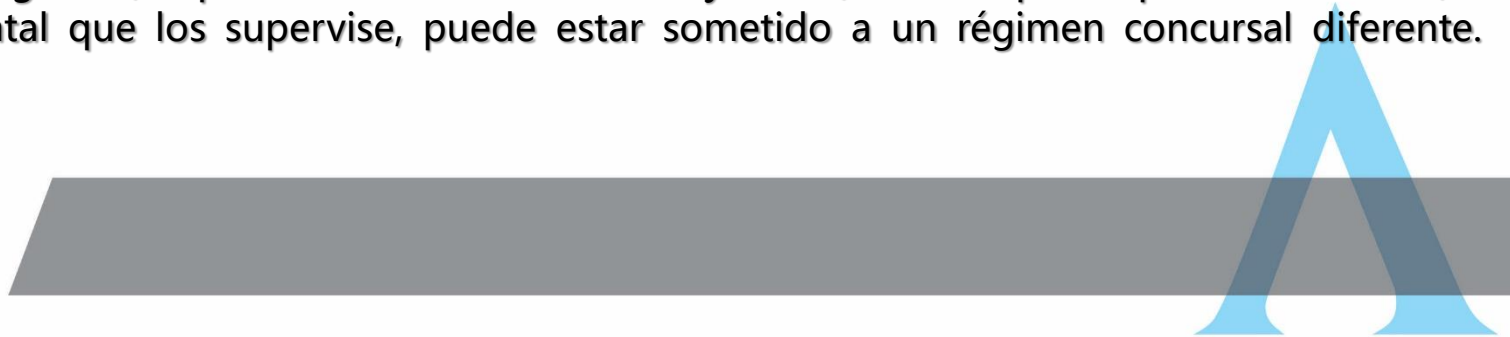
## INTRODUCCIÓN Y RECAPITULACIÓN: Una aproximación al tema

El estudio de la fiducia mercantil y de la insolvencia implica necesariamente realizar un examen de 360° a sus principales componentes o agentes.

En materia fiduciaria, la insolvencia puede recaer en:



Cada uno de esos agentes, dependiendo de su naturaleza jurídica, de la empresa que lleven a cabo, o de la entidad estatal que los supervise, puede estar sometido a un régimen concursal diferente.



## INTRODUCCIÓN Y RECAPITULACIÓN (Cont.)

El Régimen de Insolvencia Empresarial (Ley 1116) disciplina la fiducia mercantil en múltiples aspectos, principalmente, en:

- **SUJETO DEL PROCESO**

<b>Deudor</b>	Patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales	Ley 1116, artículos 2 y 12 Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.1
<b>Supuestos de admisión</b>	Cesación de pagos e incapacidad de pago inminente aplicable al patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales	Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.2.
<b>Presupuesto especial de admisión - Requisito de procedibilidad</b>	Inscripción del contrato fuente del patrimonio autónomo afecto a actividades empresariales en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio del fideicomitente.	Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.4.
<b>Competencia</b>	Juez civil del circuito Superintendencia de sociedades, en caso de vinculación con deudor sujeto a su supervisión	Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.7
<b>Auxiliares de la justicia</b>	Sociedades fiduciarias	Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.11
<b>Vinculación</b>	Influencia dominante o control Grupo de empresas	Ley 1116, artículo 12 Decreto 1074 de 2015, artículos 2.2.2.12.6 y 2.2.2.14.1.1.
<b>Restricción especial a la capacidad dispositiva</b>	Celebración de negocios jurídicos que tengan por objeto o efecto a emisión de títulos a través del mercado público de valores en Colombia.	Ley 1116, artículo 17. Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.12

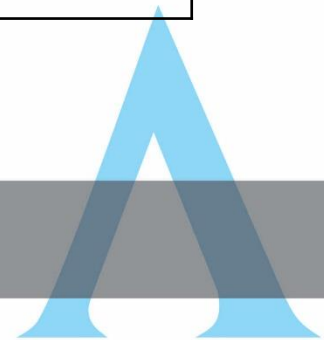
## INTRODUCCIÓN Y RECAPITULACIÓN (Cont.)

- **EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD CONCURSAL.**

<p><b>Exclusión de la masa</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes transferidos por el deudor a título de fiducia mercantil con fines de garantía para obtener financiación.</li> <li>• Bienes que conforman patrimonios autónomos destinados a la normalización para garantizar el pago de pasivos pensionales</li> <li>• <i>¿Artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676? ¿Aplicables a la fiducia?</i></li> </ul>	<p>Ley 1116, artículo 55 (parágrafo)</p> <p>Ley 1676, artículo 3 (parágrafo)</p> <p>Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.12.12.</p>
------------------------------------	--	---

- **PASIVOS PENSIONALES**

<p><b>Normalización de pasivos pensionales</b></p>	<p>Fiducia mercantil como instrumento de normalización de pasivos pensionales</p>	<p>Ley 1116, artículo 34, parágrafo primero.</p>
--	---	--



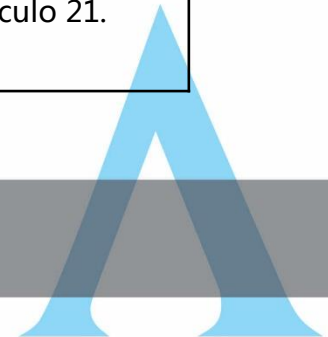
## INTRODUCCIÓN Y RECAPITULACIÓN (Cont.)

- **ACUERDOS DE REORGANIZACIÓN**

<p><b>Fiducia mercantil en los acuerdos de reorganización</b></p>	<p>Prelación legal; Exigibilidad de la garantía fiduciaria; restablecimiento de la garantía fiduciaria por incumplimiento que lleve a la terminación del acuerdo; conservación de la prelación en caso de enajenación del bien fideicomitido en garantía; constitución, modificación y cancelación de la garantía fiduciaria; conservación de la responsabilidad de los garantes en caso de ampliación del plazo de la obligación garantizada; Responsabilidad de los garantes en caso de incumplimiento del acuerdo.</p>	<p>Ley 1116, artículo 43                  Decreto 1074, artículo 2.2.2.11.5.9</p>
---	---	---

- **VIGENCIA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN**

<p><b>Continuidad del negocio fiduciario</b></p>	<p>Prohibición de decretar la terminación unilateral del negocio fiduciario sin fines de garantía por el solo hecho del inicio del proceso de reorganización.</p>	<p>Ley 1116, artículo 21.</p>
--	---	-------------------------------



## INTRODUCCIÓN Y RECAPITULACIÓN (Cont.)

- EFFECTOS DEL INICIO Y DESARROLLO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EN EL NEGOCIO FIDUCIARIO**

<p><b>Aplicación del principio de universalidad en la fiducia sin fines de garantía (Por Ej. Fiducia de administración y fuente de pago)</b></p>	<p>Prohibición para el deudor y sus administradores de efectuar pagos y para el acreedor de recibir el pago.</p> <p>Principio de separación patrimonial del negocio fiduciario Vs. Principio de la universalidad.</p>	<p>Ley 1116, artículo 17</p>
--	---	------------------------------

- FIDUCIA MERCANTIL EN LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL**

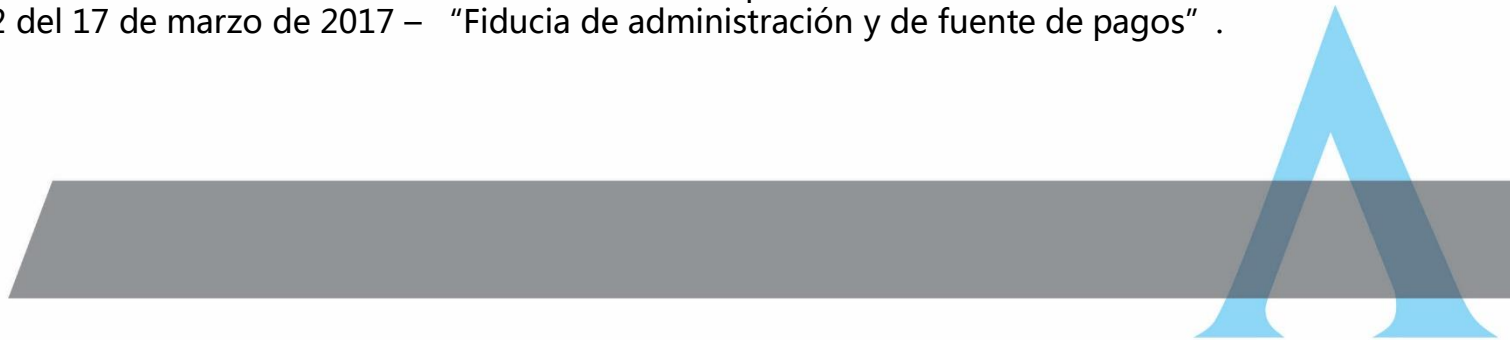
<p><b>Efectos de la liquidación judicial y de la liquidación por adjudicación</b></p>	<p>Terminación de los contratos de fiducia mercantil.</p>	<p>Ley 1116, artículos 38 y 50.</p>
<p><b>Fiducia mercantil en la adjudicación de bienes</b></p>	<p>Fiducia mercantil como instrumento para facilitar y agregar valor en la etapa de adjudicación de bienes y extinción de las obligaciones del concurso.</p>	<p>Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.11.7.10, modificado por el Decreto 2130 de 2015.</p>

**DELIMITACIÓN DEL TEMA: APLICACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 Y, POR TANTO, DE LOS PRINCIPIOS CONCURSALES DE LA UNIVERSALIDAD Y DE LA IGUALDAD AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGOS CONSTITUIDO PREVIAMENTE AL INICIO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN.**

**PROBLEMA JURÍDICO: ¿TIENE EL JUEZ DEL CONCURSO EL PODER O LA ATRIBUCIÓN DE ORDENAR A LA FIDUCIARIA QUE REINTEGRE AL DEUDOR EN REORGANIZACIÓN (FIDEICOMITENTE) LOS DERECHOS ECONÓMICOS QUE CONFORMAN UN PATRIMONIO AUTÓNOMO DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGOS EL CUAL FUE CONSTITUIDO ANTES DEL CONCURSO?**

### **¿DEBATE SUPERADO? ¿UN “REFRITO” DEL DERECHO CONCURSAL?**

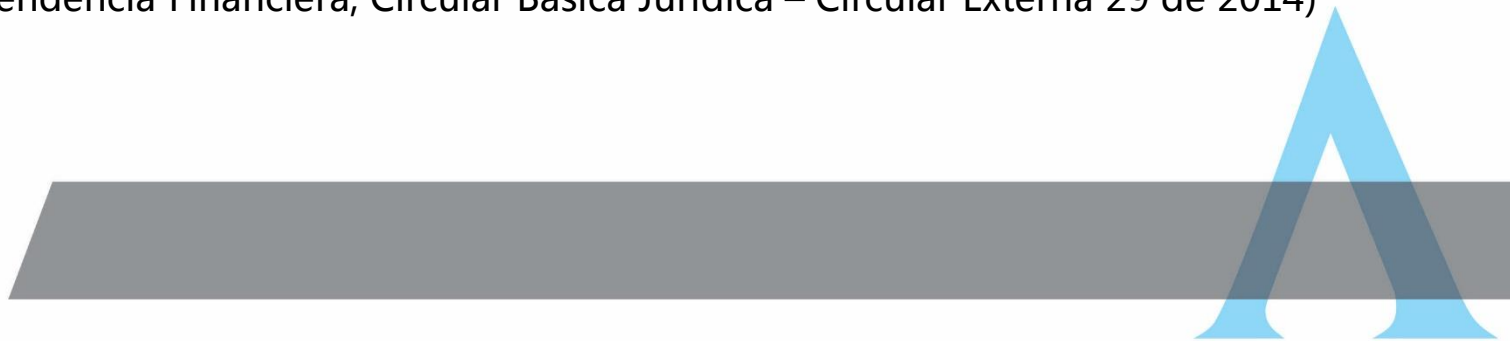
- **Orígenes:** Caso Cervecería Ancla. Auto 410 – 6047 del 12 de septiembre de 1997 – “Fiducia mercantil irrevocable de administración de tesorería y pagos”
- **Estado actual de la materia:** Casos Campollo S.A., Central Papelera y Panthers Machinery Colombia S.A.S. Autos 430-004714 del 1º de abril de 2014, 400-014007 del 16 de septiembre de 2016, 400-000897 del 21 de enero de 2016 y 400-004422 del 17 de marzo de 2017 – “Fiducia de administración y de fuente de pagos” .



## **DELIMITACIÓN DEL TEMA: APLICACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGOS CONSTITUIDO PREVIAMENTE AL INICIO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN. (Cont.)**

- **Fiducia de administración:** *“Es el negocio fiduciario en virtud del cual se entregan bienes a una sociedad fiduciaria, transfiriendo o no su propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente, destinando los bienes fideicomitidos junto con sus respectivos rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada” .*
- **Fiducia de administración y fuente de pagos:** *“Tiene como finalidad la administración de sumas de dinero y/u otros bienes que junto con sus rendimientos, si los hay, pueden ser destinados al cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones que le señale” .*

(Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica – Circular Externa 29 de 2014)





## **DELIMITACIÓN DEL TEMA: APLICACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 1116 AL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE ADMINISTRACIÓN Y FUENTE DE PAGOS CONSTITUIDO PREVIAMENTE AL INICIO DEL PROCESO DE REORGANIZACIÓN. (Cont.)**

*Artículo 17. Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, **se prohíbe a los administradores** (...) efectuar compensaciones, pagos (...), ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor (...), incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculden al fiduciario en tal sentido (...)*

(...)

*Parágrafo 2°. A partir de la admisión al proceso de insolvencia, de realizarse cualquiera de los actos a que hace referencia el presente artículo sin la respectiva autorización, será ineficaz de pleno derecho (...)*



## Tesis actual de la Superintendencia de Sociedades (*Ratio decidendi*)

- El artículo 17 de la Ley 1116 es una expresión de los principios concursales de la universalidad y de la igualdad, consagrados en su artículo 4 (núm. 1 y 2)
- Habida cuenta de que el artículo 17 de la Ley 1116 se erige sobre tales principios, *“...la lectura de ese artículo evidencia que se encuentra prohibido efectuar pagos a los acreedores del deudor”* .
- Dada la naturaleza transitoria, **prevalente** y excepcional del derecho de insolvencia, *“...la ejecución de las fiducias mercantiles de administración y fuente de pago debe interpretarse de manera especial y diferente”* . (Ley 1116, artículo 126)
- Por lo tanto, cuando el fideicomitente entra en insolvencia la fiducia *“...no puede desplegar su eficacia...”* (...) *“...por cuanto permitir el pago a los beneficiarios significaría atentar contra los principios de igualdad y universalidad sobre los cuales descansa e régimen concursal”* .
- Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo de administración y fuente de pago que también son acreedores del fideicomitente deben concurrir al proceso de reorganización para obtener la satisfacción de sus créditos y la fiduciaria debe desviar los recursos del patrimonio autónomo hacia el deudor en reorganización.

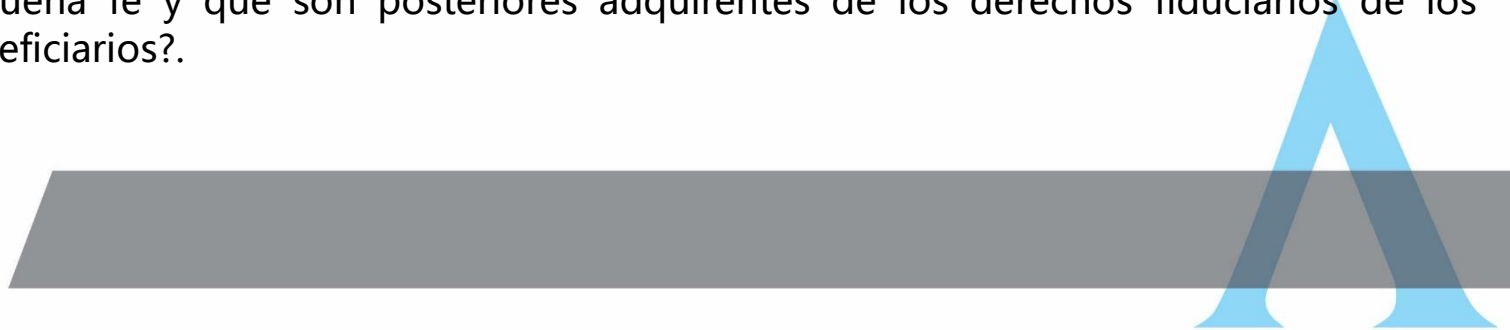
## Consecuencias de la tesis de la Superintendencia de Sociedades

- El inicio del proceso de reorganización impide la obtención de la principal finalidad del negocio fiduciario: la exclusión de los bienes fideicomitidos de la prenda general de los acreedores.
- ¿Crisis de la noción de patrimonio autónomo en el proceso de reorganización? - Conjunto de derechos y obligaciones de contenido patrimonial afectos a una finalidad y que constituyen una universalidad jurídica, en la medida en que el activo responde por el pasivo (Artículo 2.5.2.1.1, Decreto 2555 de 2010)
- Fractura del principio de separación patrimonial como elemento esencial del negocio fiduciario: exclusión de la garantía general de los acreedores del fiduciante. (Código de Comercio, artículo 1227)



## Consecuencias de la tesis de la Superintendencia de Sociedades (Cont.)

- Aniquilamiento de la transferencia de propiedad plena realizada al patrimonio autónomo previamente al inicio del proceso de reorganización mediante la expedición de una providencia judicial, eludiéndose así, el trámite de una acción revocatoria. (Por Ej. patrimonios autónomo de administración y fuente de pago conformados con derechos económicos: cesión de créditos o endoso de títulos valores).
- ¿Existencia de poderes innominados del juez del concurso? Ley 1116, artículo 5 (núms. 2 y 11).
- ¿Terminación del negocio fiduciario de administración y fuente de pago por imposibilidad sobreviniente y absoluta de cumplir su finalidad? ¿Qué pasa entonces con el artículo 21 de la Ley 1116?.
- ¿Terceros de buena fe y que son posteriores adquirentes de los derechos fiduciarios de los acreedores beneficiarios?.



## Tribulación: ¿errores conceptuales? ¿Lograr que se cumplan las finalidades del proceso de reorganización (preservación de la empresa) justifica los medios?

- Ley 1116, artículo 17: *“A partir de la fecha de presentación de la solicitud, **se prohíbe a los administradores** (...) la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos...”*
- En virtud del principio de separación patrimonial: *i.* El patrimonio autónomo es el que paga a su acreedor beneficiario; por lo tanto, no es el deudor el que paga y; *ii.* El patrimonio autónomo paga a su acreedor beneficiario con sus propios recursos, pero no con los recursos del deudor en reorganización.



## **Tribulación: ¿errores conceptuales? ¿Lograr que se cumplan las finalidades del proceso de reorganización (preservación de la empresa) justifica los medios?**

- En virtud del pago, el patrimonio autónomo se subroga en los derechos del acreedor satisfecho. Código Civil, artículo 1668, núm. 5: *"Se efectúa subrogación por el ministerio de la ley (...) especialmente a beneficio: (...) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor"* .
- Cumplida la finalidad del patrimonio autónomo, la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo de administración y fuente de pago restituye los bienes remanentes al deudor fideicomitente, entre los que se encuentran los derechos de crédito subrogados, operando en ese momento, la confusión como mecanismo de extinción de las obligaciones (Código Civil, artículo 1724).
- La fiduciaria no es representante ni mandataria del fideicomitente que tiene la condición de deudor en reorganización.



**GRACIAS!!!**

