

## **OFICIO 220-002376 DEL 09 DE ENERO DE 2020**

### **REF: EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE FIDUCIA DENTRO DE UN PROCESO DE INSOLVENCIA**

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia, el cual fue necesario aclarar y complementar vía telefónica, toda vez que de la consulta presentada por escrito no se podía establecer con claridad el objeto de la pregunta, el cual estaba enfocado a determinar los efectos de la presentación de un trámite de insolvencia (reorganización o liquidación judicial), respecto a los contratos de fiducia mercantil, cuyo deudor tiene la calidad de fideicomitente. Después de la aclaración realizada telefónicamente nuestro entendimiento de la consulta se presenta así:

- i. En qué momento, es decir, desde la presentación de la solicitud o desde la admisión a un proceso de insolvencia (reorganización o liquidación judicial) se debe dejar de realizar los pagos por parte de la sociedad fiduciaria a los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia de administración y fuente de pagos.
- ii. En el caso en que el beneficiario del contrato de fiducia sea una entidad financiera (acreedor), y ella desconozca del estado de insolvencia del fideicomitente (deudor), por ausencia de notificación, el deudor puede solicitar a la fiduciaria la devolución de los dineros que tenga en su poder y que no hayan sido entregados a la acreedora o beneficiaria.
- iii. Se presenta derecho a favor del fideicomitente (deudor), para obtener la devolución de dineros a favor de los beneficiarios desde la aceptación de la insolvencia así no se haya notificado a la entidad financiera.

Al respecto, me permito manifestarle que 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, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre temas de derecho mercantil a su cargo, 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.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad o por los despachos judiciales, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

No obstante, lo anterior, este Despacho se permite, a título meramente informativo, hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz de las normas que regulan la materia:

a.- De acuerdo con lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de reorganización se prohíbe a los administradores, entre otras actuaciones, la de 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 faculden al fiduciario en tal sentido, salvo autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.

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

c.- La finalidad de la prohibición es proteger la universalidad 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 ende, la capacidad dispositiva del deudor debe restringirse a aquellos actos necesarios para su funcionamiento y que no comprometan su patrimonio.

Así mismo, se determina la pérdida del derecho de ejecución individual o separada de los acreedores, dado que el proceso de insolvencia sería el único escenario previsto para hacer valer sus créditos.

d.- Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006, 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, entre las cuales se encuentran las dos que se destacan así:



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

1. La imposibilidad de terminar unilateralmente cualquier contrato firmado antes de la fecha de apertura del proceso.
2. La posibilidad de renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de trato sucesivo, entre los cuales se encuentran los de arrendamiento o de leasing.

e.- Según el artículo 38 de la misma ley, cuando dentro de un proceso de reorganización empresarial, no se presente o confirme el acuerdo, se generan las siguientes consecuencias en los contratos de fiducia mercantil:

- 1) 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
- 2) 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.

f.- En tratándose de un proceso de liquidación judicial, los efectos de la apertura de dicho proceso, a la luz del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, los siguientes:

i) La terminación de los contratos de trato 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.

g.- 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, es decir, tratándose de procesos de reorganización, **los contratos continúan vigentes, pero no se**



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

podrán ejecutar, esto es, realizar pagos a los beneficiarios del contrato de fiducia, 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, es decir, en el caso de la liquidación judicial, los contratos al igual de lo que sucede cuando no se presenta el acuerdo de reorganización o no se confirme éste, **se declaran terminados y finalizados 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 constituyan 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 llegare a celebrar entre la sociedad deudora y sus acreedores.

h.- Con base en lo anteriormente expuesto, este despacho entra a resolver los interrogantes planteados, así:

- En cuanto al **primer** interrogante planteado, se tiene que, en el caso de una **reorganización**, en ninguna de las dos etapas allí indicadas, es decir, ni en la presentación de la solicitud ni en la aceptación de la misma, se puede suspender los pagos a los acreedores beneficiarios de un contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, cuyo fideicomitente entró en un proceso de reorganización, pues, en este evento los contratos de fiducia continúan vigentes, pero no podrán ejecutarse sin autorización expresa del juez del concurso, es decir, que para hacer los pagos a los beneficiarios necesitan de la aludida autorización, el cual se haría en la forma y términos del respectivo contrato.

Ahora bien, en el caso de un proceso de **liquidación judicial**, la apertura del mismo conlleva, entre otros efectos, la terminación de los contratos de fiducia mercantil de administración y fuente de pago, celebrados por el deudor en calidad de constituyente, para amparar obligaciones propias o ajenas, con sus propios bienes, salvo aquellos contratos con que el juez del concurso haya autorizado continuar su ejecución.

Si se da la terminación del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago de pleno derecho, el juez del concurso ordenará la cancelación de los certificados correspondientes, cuyos acreedores serán tratados como acreedores con garantía prendaria o hipotecaria, de acuerdo a la naturaleza de los de los bienes fideicomitidos que conforman el patrimonio autónomo.

Es de advertir, que la terminación del contrato dentro de un proceso de liquidación judicial no exonera a los acreedores beneficiarios del mismo, de hacerse parte en el proceso en la oportunidad señalada para ello.



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

- En torno al **segundo** interrogante, se observa que el hecho de que no se haya notificado a un acreedor, de la insolvencia de su deudor, no significa que el deudor (fideicomitente), pueda solicitar al fiduciario la devolución de los dineros objeto de recaudo y pendientes de pago a la entidad financiera en su calidad de acreedora y beneficiaria, máxime si se tiene en cuenta que la notificación personal en los procesos de insolvencia (reorganización y liquidación judicial), ya no es obligatoria, simplemente el legislador decidió darle publicidad e información a los acreedores al ordenar en la providencia que decreta el inicio del proceso (Artículos 29, numerales 2, 9 y 11; y 48, numerales 4 y 7, de la Ley 1116 de 2006), entre otros asuntos, su inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio del deudor y de sus sucursales, es decir, es una típica medida de publicidad de los procesos concursales orientada a que los acreedores se informen de la existencia del proceso.

Así mismo, como otro mecanismo de publicidad, se ordena al deudor elaborar un aviso que informe acerca de la existencia del proceso y fijarlo en un lugar visible al público y por el término fijado para uno u otro proceso.

Adicionalmente, tratándose de un proceso de reorganización, el juez del proceso ordenará a los administradores y al promotor que, a través de los medios que juzguen idóneos, informen a todos los acreedores acerca de la fecha de inicio del proceso y transcriban el aviso que elabore la autoridad competente.

No obstante, es de advertir que esta publicidad sustituye la tradicional y poco eficaz emplazamiento a los acreedores, con el fin de constituirse en un mecanismo mucho más adecuado para que éstos se enteren de la existencia del respectivo proceso concursal.

Al margen de lo anterior, se reitera que si al proceso de reorganización no se presenta el acuerdo o no se confirma éste, se debe decretar la apertura del proceso liquidatorio del deudor, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, de una parte, la terminación y finalización del contrato de fiducia mercantil, y de otra, la restitución de los bienes fideicomitidos al patrimonio a liquidar y de los dineros que constituyen su fuente de pago, y por consiguiente, los acreedores beneficiarios de la fiducia tendrían que hacerse parte al proceso concursal dentro de la oportunidad prevista para ello, los cuales serán tratados como acreedores con garantía prendaria e hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

- En relación con el **tercer** interrogante, se anota que, si el deudor se va a un proceso de liquidación judicial, la devolución de los dineros que constituyen la fuente de pago del contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago se haría por parte de la fiduciaria dentro del plazo que el juez del concurso señale para el efecto, y no podrá alegar en su favor derecho de retención por concepto de comisiones, honorarios o remuneraciones derivadas del contrato, independientemente que se haya o no informado sobre la existencia del proceso



**SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES**

concurral a los acreedores beneficiarios del mismo, a través de los mecanismos de publicidad descritos anteriormente.

En los anteriores términos se ha atendido su consulta, no sin antes advertirle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.