

El Fideicomiso frente a la Insolvencia

XXIV Congreso Latinoamericano de
Fideicomiso – Felaban
Octubre de 2014



SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR
& ASOCIADOS

Perspectivas

Analizar el tratamiento en la legislación colombiana del fideicomiso frente a la **insolvencia** del:

- Fideicomitente
- Patrimonio Autónomo o Fideicomiso
- Fiduciario
- Beneficiario



Tesis

- El tratamiento de la fiducia de garantía frente al concurso de acreedores se afectó como consecuencia de fallos judiciales sesgados por intereses de **Gobierno**.
- La protección es más fuerte tratándose de garantizar el pago de instrumentos colocados en el **mercado público de valores**.
- El patrimonio autónomo afecto al desarrollo de actividades empresariales en forma organizada puede ser sujeto del régimen de insolvencia, en forma **separada** del Fideicomitente.



Pilar: separación patrimonial

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.



1: Insolvencia del Fideicomitente

¿el negocio fiduciario propició o agravó el estado de **insolvencia** del Fideicomitente?

La transferencia de los bienes del Fideicomitente al Fiduciario no es *per se* un acto de empobrecimiento: depende de si es a título **oneroso** o **gratuito**.



El deber ser

Garrigues decía:

“La quiebra del fiduciante no da lugar a grandes dificultades. Una vez hecha la transmisión fiduciaria, el Fiduciario tendrá derecho a separar de la masa de la quiebra del Fiduciante la cosa transmitida en fiducia, salvo la excepción que frente a esta reivindicación puede oponer el síndico de la quiebra en el caso de que haya dejado de existir la finalidad determinante de la transmisión fiduciaria.”

... eso creíamos



Acciones de los interesados

Acción Paulina

Consilium fraudis, eventus dami



Acción 1238 C.Co.

*es una acción autónoma,
eminentemente objetiva*



Acción Revocatoria

en el proceso concursal

“Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del Fideicomitente, a menos que sus acreencias sean **anteriores** a la constitución del mismo. (...) El negocio fiduciario celebrado en **fraude** de terceros podrá ser impugnado por los interesados.” Art. 1238 C.Co.



Contenido de la acción art. 1238

El acreedor del Fideicomitente demandó:

- Que se declare extinguido el negocio fiduciario;
- Que el bien fideicomitado retorne al patrimonio del Fideicomitente;
- Que los certificados de garantía expedidos no pueden afectar el bien fideicomitado.

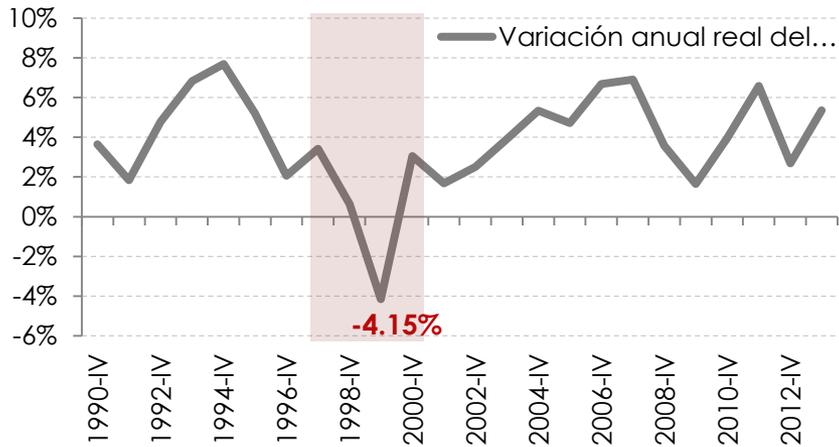
La acción debe dirigirse contra el **Fideicomitente** y contra el **Fiduciario** como titular del patrimonio autónomo y en su caso, también contra el **Beneficiario**.

- La CSJ considera que basta demostrar la **preexistencia** de la obligación y que el deudor no cuenta con más bienes o los existentes aparecen **insuficientes** en procura de satisfacer la acreencia.
- Si como consecuencia de la acción se hace **imposible** el cumplimiento del objeto del negocio fiduciario, este **termina**.



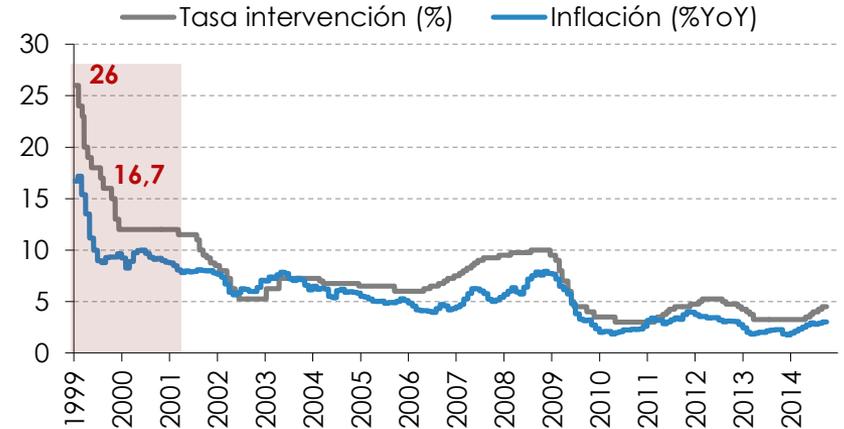
Sucedió que ...

Colombia: Crecimiento PIB trimestral



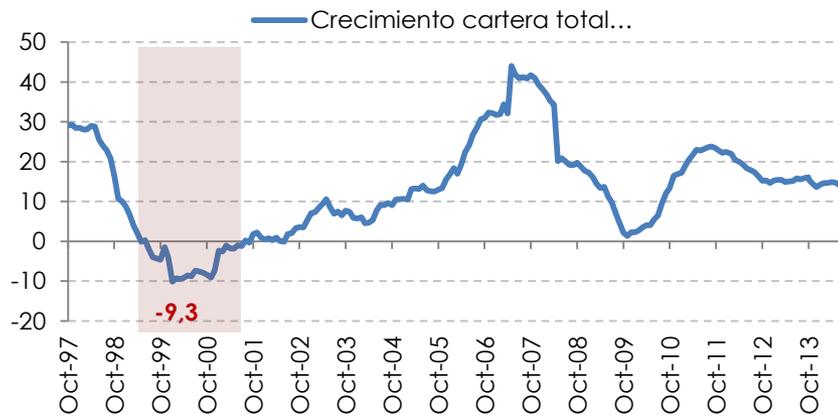
Fuente: Cuentas Nacionales.

Colombia: Inflación y tasa de intervención



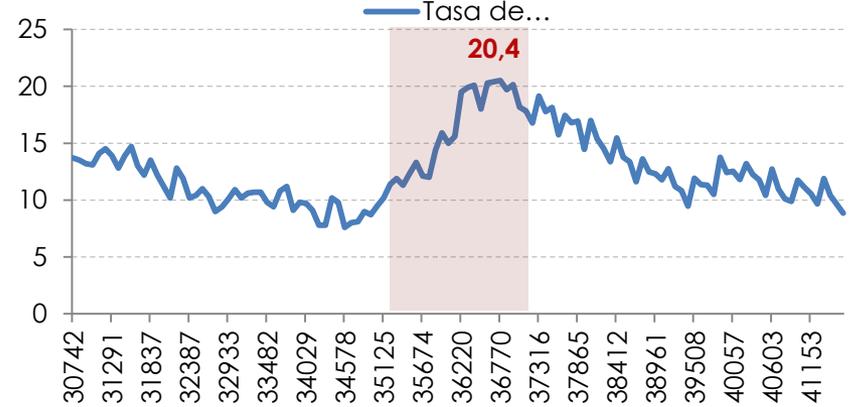
Fuente: Bloomberg.

Colombia: Crecimiento de la cartera de consumo



Fuente: Superintendencia Financiera

Colombia: Tasa de desempleo 7 áreas



Caso: Cervecería Ancla

La **Superintendencia de Sociedades** asimila el Fiduciario a un mandatario (**representación**), donde:

- Los pagos que realiza el Fiduciario recaen directamente en cabeza del Fideicomitente y por lo tanto **no se subrogan** (Auto 410-6048 del 12 de septiembre de 2007).
- Las obligaciones que cancela el Fiduciario no son obligaciones propias, sino que son obligaciones del deudor que está en concordato, las cuales están sometidas a leyes imperativas y por lo tanto cualquier pago que se haga sin autorización del juez del concurso es ineficaz.



Caso: Autos Cosaco Ltda.

“Por eso cuando la Fiduciaria paga, paga el deudor, pues aquella lo hace en desarrollo de las instrucciones que le impartió éste” y “la Fiduciaria **no puede hacer lo que al deudor no le es permitido.**”

Cuando el Fiduciario procede a enajenar los bienes fideicomitidos y a pagar con su producido al acreedor, está pagando la obligación del deudor garantizado.

La **Superintendencia de Sociedades** declaró ineficaz la dación en pago de los bienes fideicomitidos a los acreedores beneficiarios después de notificada la admisión al concordato.



Caso: Acerías Paz del Río S.A.

La **Superintendencia de Sociedades** primero ordenó al Fiduciario **suspender** la ejecución de la garantía fiduciaria y luego **negó** la venta de los bienes, porque,

“Al Fiduciario no le es permitido celebrar o ejecutar un encargo que no sea legal para un individuo tomarlo, aceptarlo o ejecutarlo.”

“implicaría un pago preferencial para los acreedores garantizados por el fideicomiso, lo cual **vulneraría** el carácter universal del concordato.”



Se asimila a garantía real

La **Superintendencia de Sociedades** asimiló la **garantía fiduciaria** a una **garantía real**, “aunque no crea derechos reales”, porque:

- El patrimonio autónomo es un simple instrumento para asegurar la afectación de los bienes a una función de garantía y fuente de pago.
- La fiducia genera una prelación legal especial en favor de los beneficiarios que pueden hacer valer sobre los bienes fideicomitidos.
- La garantía fiduciaria no los libera de la carga de hacerse parte en el proceso concordatario para efectos de la satisfacción de los créditos.



Error de concepto

El pago que hace el Fiduciario **no es**
un pago hecho por el deudor

- El Fiduciario **no es** representante del Fideicomitente.
- El pago se hace con recursos del patrimonio autónomo que está separado del Fideicomitente.
- El fideicomiso se **subroga** en los derechos del acreedor.
- Al cumplimiento del encargo de pagar, el Fiduciario **restituye** al Fideicomitente los derechos de crédito.
- En ese instante opera la **confusión**, como forma de extinción de las obligaciones.



Las leyes responden a su momento ...

Ley 222 de 1995

instrumento de recuperación de las empresas en crisis



Ley 550 de 1999

mecanismo transitorio para una coyuntura de crisis generalizada, cuyo objetivo fundamental era preservar la empresa.
Recogió pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades en diferentes procesos concursales dirigidos a impedir la ejecución de la garantía en favor de los acreedores beneficiarios



Ley 1116 de 2006

tiene por objeto 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 y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.



Las decisiones se volvieron ley

Ley 550 de 1999: Tratándose de obligaciones concordatarias, el deudor no puede hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, sea que los realice directamente o a través de terceros autorizados para tal efecto.

- El Fiduciario debe **suspender** la ejecución de las instrucciones de pago.
- El Fiduciario no puede realizar pagos sin **autorización** del juez del concurso.
- El contrato de fiducia no termina.
- El acreedor garantizado debe hacerse parte en el proceso concursal.
- La norma que rige el concurso es imperativa y prevalece sobre el principio de autonomía de la voluntad privada (*par conditum creditoris*)



En el concurso de acreedores

- Se **suspende** la ejecución de los negocios fiduciarios constituidos con fines de garantía sobre bienes propios del deudor sometido al proceso de insolvencia.
- Se **prohíbe** la ejecución de la garantía y por ende el Fiduciario no puede vender los bienes, ni efectuar pagos, salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso.
- Los contratos de fiducia mercantil **con fines diferentes a los de garantía** (ej. Administración, inmobiliario) continúan vigentes y no hay lugar al decreto de su terminación unilateral.



En la liquidación

- **Terminan** los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios celebrados por el deudor con sus propios bienes para garantizar obligaciones propias o ajenas, salvo autorización del juez del proceso para continuar su ejecución.
- Se **cancelan** de los certificados de garantía.
- Los acreedores beneficiarios del patrimonio autónomo serán tratados como acreedores con **garantía prendaria** o **hipotecaria**, según la naturaleza de los bienes fideicomitidos.
- El fiduciario **restituye** los bienes que conforman el patrimonio autónomo
- El fiduciario no puede alegar el derecho de retención.



Se excluyen de la masa cuando ...

Ley 1116 de 2006, art. 55

“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.”

Se excluyen 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. (...)

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

Decreto 1038 de 2009



Protección del mercado de valores

Se **exceptúan** del requisito de la autorización previa:

- Contratos de fiducia que tengan por objeto la **emisión** de valores en Colombia o en el exterior.
- Patrimonios autónomos constituidos para adelantar procesos de **titularización** a través del mercado público de valores.
- Patrimonios autónomos que tengan fines de **garantía** que forman parte de la estructura de la emisión.



2: Insolvencia del Patrimonio Autónomo

Los bienes del fideicomiso sólo garantizan las obligaciones **contraídas** por el Fiduciario en el cumplimiento de la **finalidad** perseguida.

Art. 1227 C.Co.

Se someten a régimen de insolvencia los patrimonios autónomos afectos a la realización de **actividades empresariales**.



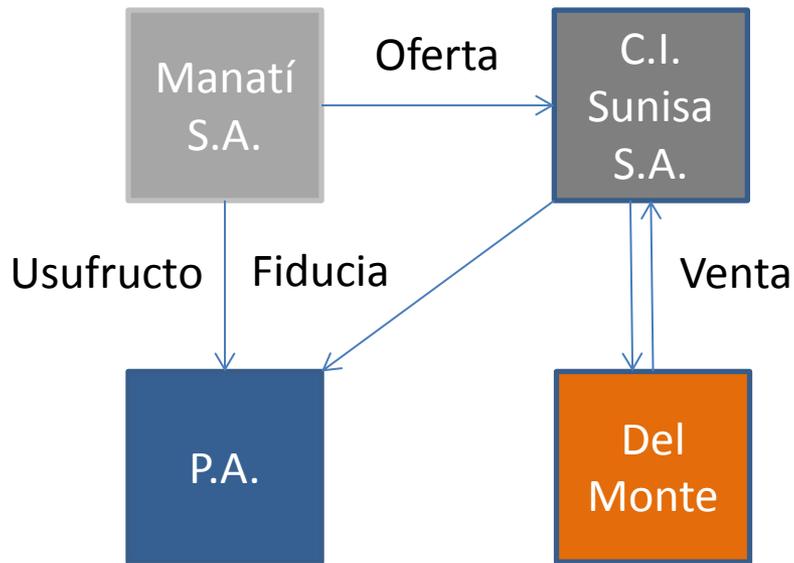
Titularización

“Los activos subyacentes vinculados a procesos de titularización, no constituirán prenda general de los acreedores de quienes los originen o administren y estarán **excluidos** de la masa de bienes que puede conformarse para efectos de cualquier procedimiento mercantil o de cualquier otra acción que pudiera afectarlos.”

Ley 964 de 2005, art. 68



Caso: “Bananos Colombia” (AA+)



Manatí clasificó los dineros recibidos como obligaciones de largo plazo. Tales dineros, de acuerdo con lo establecido en los contratos, correspondían al pago del precio por la transferencia irrevocable de los derechos económicos sobre el contrato de suministro y sobre los flujos futuros que estos generen.

- En el proceso de insolvencia se discutía la calidad de Manatí como acreedor del patrimonio autónomo emisor de los títulos
- Manatí y Sunisa pertenecían al mismo grupo empresarial.
- Manatí y Sunisa solicitaron la admisión al proceso concursal.
- Sunisa incumplió la obligación a su cargo de pagar el valor mínimo mensual de compra dentro del plazo previsto directamente al patrimonio autónomo, no obstante haber recibido el pago de Del Monte.
- Sunisa no trasladó en forma inmediata el dinero a la cuenta de recaudo del patrimonio autónomo.



3: Insolvencia del Fiduciario

“Los bienes objeto de la fiducia **no forman** parte de la garantía general de los acreedores del Fiduciario” Art. 1227 C.Co.

- Los bienes poseídos fiduciariamente no son embargables.
- La liquidación del fiduciario constituye causal de terminación del negocio fiduciario (art. 1240, núm. 7 C.Co.)
- El liquidador de la entidad fiduciaria debe realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia de auto que ordena la liquidación gestiones encaminadas a ceder todos los negocios fiduciarios que estén en ejecución. Los que no hayan podido cederse dentro del plazo se liquidan.
- El liquidador cede a quien ofrezca las mejores condiciones, previa aceptación de los fideicomitentes (>51%) y beneficiarios (>51%). En caso de rechazo, el negocio termina y se procede a la liquidación del fideicomiso.



Mecanismos de protección

El estado de insolvencia del fiduciario riñe con la naturaleza de sus responsabilidades que exigen profesionalismo, previsión, diligencia y cuidado.

- **Capital mínimo** acorde con el nivel de riesgo (crédito, mercado, operacional) inherente a cada línea de negocio. Los fiduciarios son entidades con una exposición importante al riesgo operativo.
- **Margen de solvencia** aplicado a ciertos negocios (ej. Fondos de inversión colectiva y pasivos pensionales)



Caso: Fidupetrol S.A.

La Contraloría General de la República adelantó en contra de la Fiduciaria dos procesos de responsabilidad fiscal (**culpa grave** en la gestión de recursos públicos) y la declaró responsable.

- La SFC ordenó a la Fiduciaria constituir una provisión por el 100% del valor de la condena.
- La orden colocó a la Fiduciaria en causal de toma de posesión para **liquidación** por disminución del patrimonio por debajo del 50% del capital suscrito y por no cumplir la norma de capital mínimo para funcionar.



4: Insolvencia del Beneficiario

“Los acreedores del beneficiario solamente podrán perseguir los **rendimientos** que le reporten dichos bienes.”

- La insolvencia del beneficiario no afecta la continuidad del negocio fiduciario. Los bienes que le sean transferidos al beneficiario en cumplimiento de la finalidad del fideicomiso forman parte de la masa del concurso.
- La cláusula según la cual la admisión al proceso concursal extingue el derecho del beneficiario es **ineficaz** (Ley 1116 de 2006, art. 16)



Fideicomiso como fórmula de acuerdo

El acuerdo puede constituir en la quita, espera o ambas; entrega de bienes a los acreedores; capitalización de créditos; reorganización de la sociedad deudora; administración **fiduciaria** de los bienes en favor de los acreedores; constitución de **patrimonios autónomos**; etc.

- Ej. Los acuerdos de reorganización que suscriban los empleadores que tengan a su cargo el pago de pasivos pensionales, deberán incluir mecanismos de normalización de pasivos pensionales, como la constitución de patrimonios autónomos.



Ventajas

- Disocia empresa de empresario. El conjunto de bienes de la empresa puede ser administrado por el Fiduciario, independientemente de las sanciones que se impongan al empresario que arrastró la empresa al estado de cesación de pagos.
- Llena un vacío por falta de confianza en la gerencia.
- Sirve de garantía de nuevos créditos.



Fideicomiso liquidatorio

El liquidador debe proceder a enajenar los activos inventariados en forma directa o acudiendo al mecanismo de subasta privada.

El acuerdo puede consistir en la adjudicación de los derechos sobre un patrimonio autónomo constituido sobre activos de la liquidación “*pro solvendo*”



Ventajas

- Favorece la transferencia de los bienes como unidad productiva.
- Amplía el tiempo para la realización ordenada y efectiva de los activos.
 - La misión del fideicomiso es la de obtener el mayor valor de los bienes para restituirlo a los acreedores-beneficiarios.



Contacto

Santiago Jaramillo Villamizar

sjaramillo@legalcorp.co

57 1 3120292

Bogotá. D.C. . Colombia



Gracias

