

# La fiducia en garantía como garantía mobiliaria en los procesos de insolvencia

Nicolás Polanía Tello

DLA Piper Martínez Beltrán – Colombia

Octubre de 2019



PUERTA SANTA

## Plan

1. Función económica de las garantías
2. Historia de una tensión
3. Revisiones necesarias
4. Tratamiento en la insolvencia



JAKE-CLARK.TUMBLR

# 1/3 Función económica de las garantías



Crédito **sin**  
garantía.



Crédito **con**  
garantía.

Las garantías del crédito tienen como función primordial **generar confianza** para reducir el riesgo de impago, derivado de la incertidumbre por el desconocimiento del deudor (asimetría de información).

Se concretan en modelos de negocio que afectan el patrimonio del deudor o de un tercero (garante), al pago de la deuda protegida.

## 2/3 Función económica de las garantías

En el contexto del concurso de acreedores, el asunto es especialmente crítico, porque esta es la prueba ácida de las garantías... si en algún contexto se espera que sirvan, es en el de la insolvencia del deudor (*Butner principle*).



# 3/3 Función económica de las garantías

A pesar de que la prenda y la hipoteca –y por extensión la fiducia– se presentaron como formas de garantía seguras, lo cierto es que:

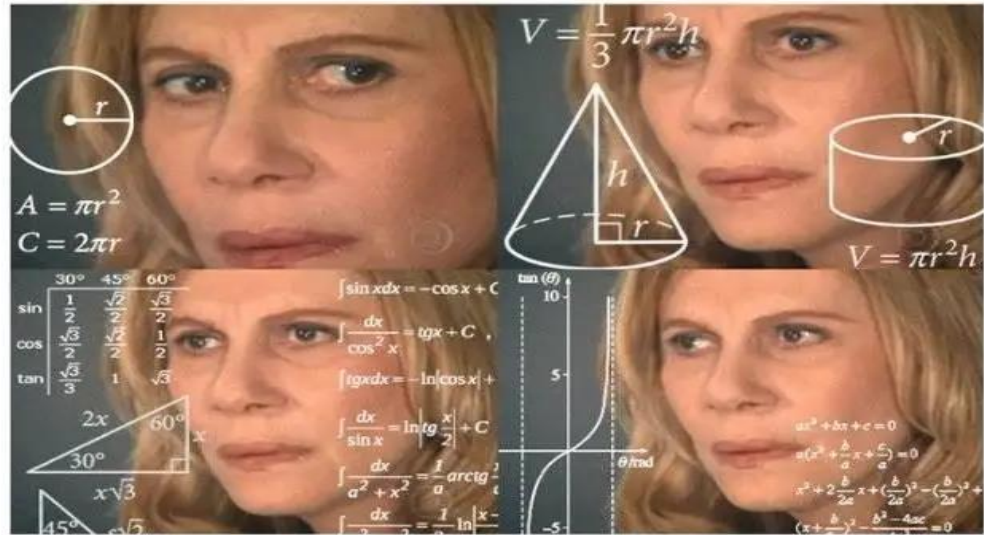


1. **Paradoja (i):** Inversionistas *out of the money* en control.
2. En la insolvencia, las garantías reales se convierten en un **turno en la fila**... tener alguna de estas seguridades solo servía en situación no concursal.
3. En la práctica, los acreedores garantizados con estos instrumentos quedan **subordinados** a la primera clase.
4. **Paradoja (ii):** en caso de que, en la liquidación, no se logre vender los activos, en la adjudicación se recibirían bienes distintos a los previstos.



# 1/5 Historia de una tensión

Al principio, todo fue confusión... el negocio fiduciario no parece compatible con la disciplina del concurso de acreedores



# 2/5 Historia de una tensión

**Etapas I** – Negación (Decreto 350 de 1989 y Ley 222 de 1995)



En el caso Paz del Río S.A., resuelto en 1997, el juez del concurso concluyó que el negocio fiduciario, así fuera de garantía, debía ceder en todo a las reglas del concurso, y como no se trataba **ni de prenda ni de hipoteca**, los acreedores beneficiarios del esquema fiduciario eran acreedores quirografarios (Auto 410-3480 de 1997).

# 3/5 Historia de una tensión

**Etapas II** – Reconocimiento de mala gana (Ley 550 de 1999)



Antes de la expedición de la Ley 550 de 1999, el juez concursal había llegado a la conclusión de que la fiducia en garantía era, en realidad, una verdadera garantía real, y que no era razonable dejar desprovisto de protección concursal a aquellos acreedores que habían estructurado estos modelos de garantía.

Se propuso entonces una **“asimilación funcional”** entre prenda e hipoteca y fiducia en garantía sobre muebles e inmuebles, respectivamente.

Estas reglas judiciales tuvieron eco legislativo en la Ley 550 de 1999, art. 69, que creó, en realidad, un subtipo de acreedor: el beneficiario de una fiducia en garantía.



# 4/5 Historia de una tensión

**Etapas III** – Reconocimiento pleno (Ley 1116 de 2006)



El artículo 43 del Estatuto Concursal prevé que "(...) *Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, 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*".

De otro lado, el párrafo del art. 55 previó la posibilidad de **excluir de la masa**, en el proceso de liquidación judicial, los bienes fideicomitidos en garantía a favor del acreedor fiduciario garantizado con ellos.

# 5/5 Historia de una tensión

Sin embargo, aunque desde 1999 se reconoce la eficacia concursal de la fiducia en garantía, el **problema de fondo** es el régimen general de garantías en la insolvencia, que suele consistir en un turno de pago, y relativiza el alcance de todas las seguridades del acreedor, al subordinarlas a la primera clase (salvo parágrafo del art. 55)

- ¡Dijiste que era acreedora garantizada!

- Garantizada sí, pero subordinada...



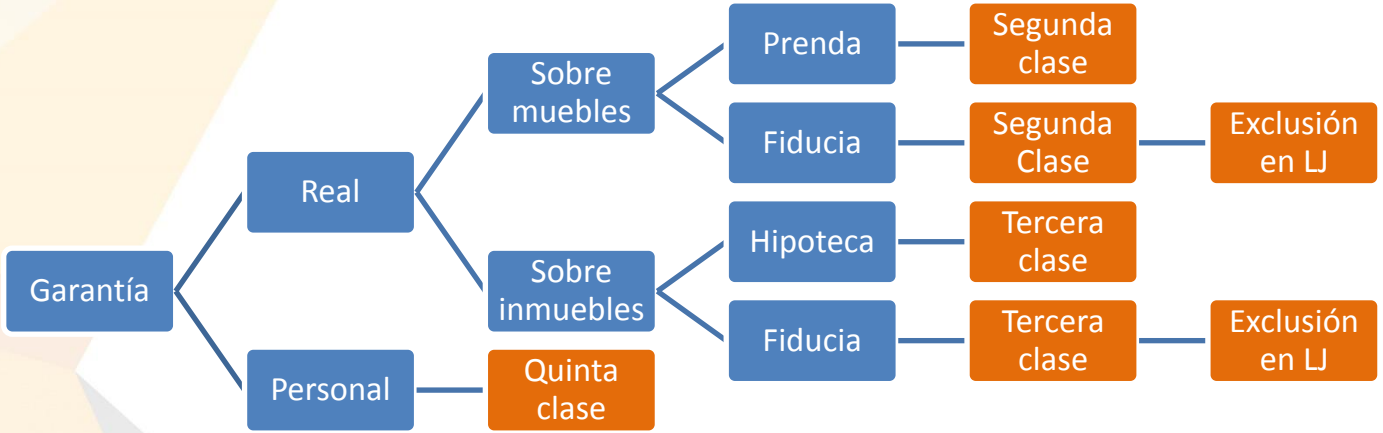
# 1/8 Revisiones necesarias

El sistema de garantías en Colombia era francamente **obsoleto**, no solo por la eficacia restringida al ámbito no concursal, sino porque en el marco de los procesos de insolvencia se desconocía como **garantía real** admisible todo aquello que no fuera prenda o hipoteca.



# 2/8 Revisiones necesarias

Antes de la Ley 1676 de 2013



# 3/8 Revisiones necesarias

La Ley 1676 de 2013 introdujo una modificación sustancial al modelo de garantías colombiano, con la intención de ser **unitario**. No solo (i) **subsumió** la prenda en una categoría más grande, sino que (ii) **desjudicializó** la ejecución y, en materia concursal, (iii) **alteró** la prelación de créditos.

La garantía mobiliaria confiere al **acreedor garantizado** una serie de privilegios extraordinarios, siempre que:

- La garantía se constituya correctamente
- La garantía se publicite correctamente
- La garantía se ejecute correctamente





# 4/8 Revisiones necesarias

En realidad, introdujo **dos tipos** de acreedores nuevos...



Acreedor garantizado



Acreedor hipotecario + G.M

# 5/8 Revisiones necesarias

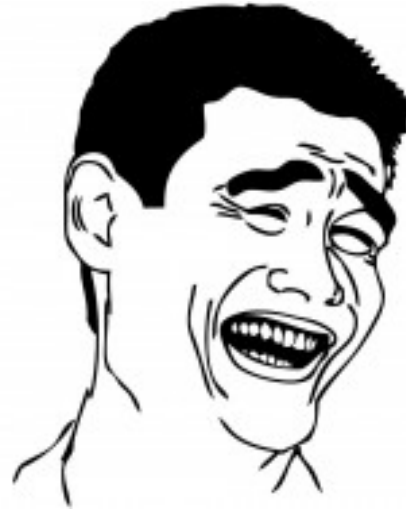


Acceptor  
hipotecario + G.M.

Acceptor  
hipotecario

# 6/8 Revisiones necesarias

Pero... A cada solución, un problema.



“La fiducia en garantía es una **garantía personal**, no real. En consecuencia, no puede ser una garantía mobiliaria”

# 7/8 Revisiones necesarias

¿Garantía real = Derecho real de garantía?



# 8/8 Revisiones necesarias

## Francia

Las garantías son de dos tipos: personales y reales.

Son garantías personales la fianza, la garantía de primera demanda y la carta de intención.

Son garantías reales, entre otras, el derecho de retención, la reserva de dominio, y la cesión de la propiedad en garantía (fiducia en garantía).

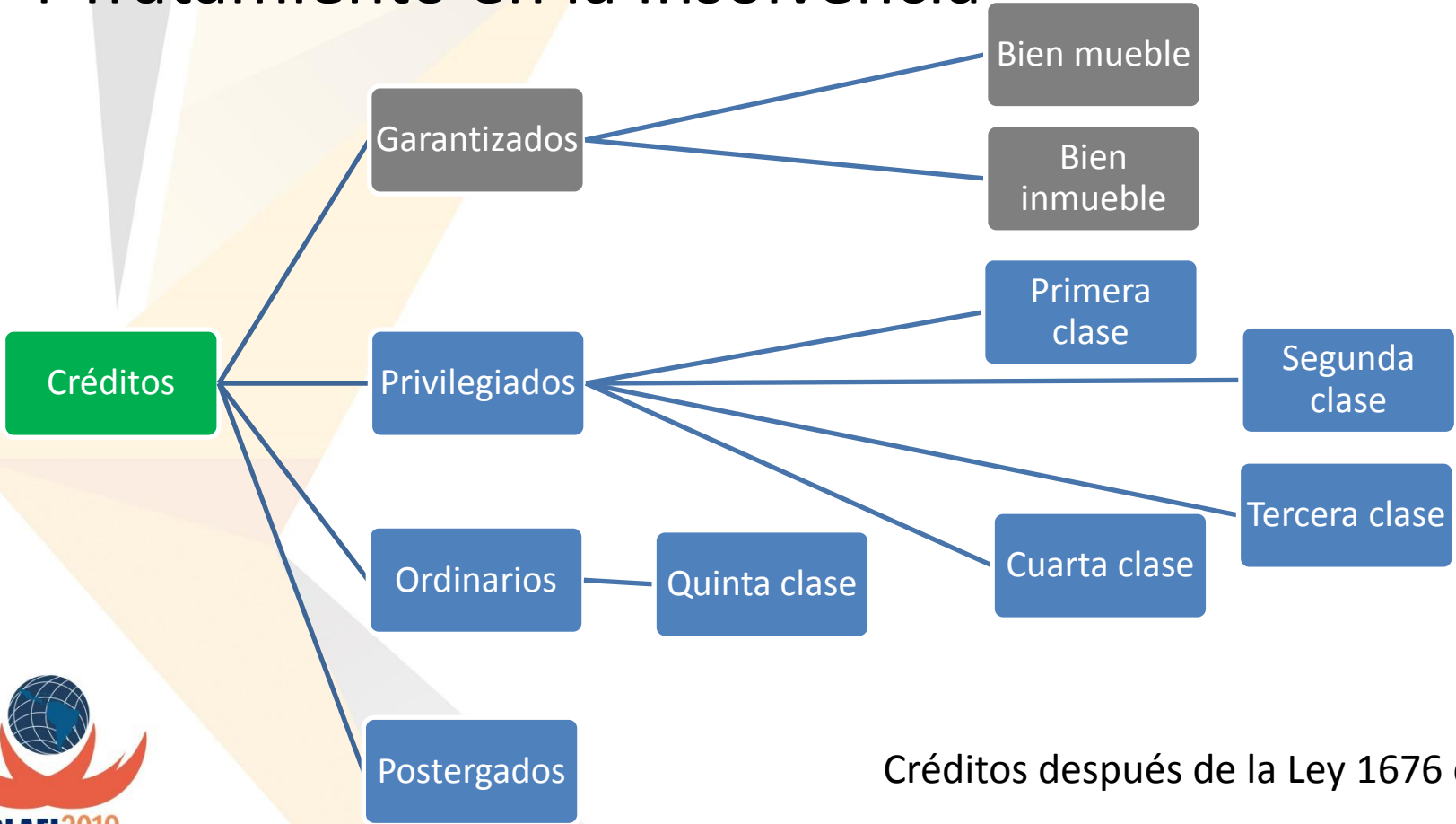
## Alemania

*“Las garantías reales mobiliarias alemanas impuestas en la práctica de los negocios internacionales son fundamentalmente dos: la reserva de la propiedad y la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía”*

-C. de Cores



# 1/4 Tratamiento en la Insolvencia

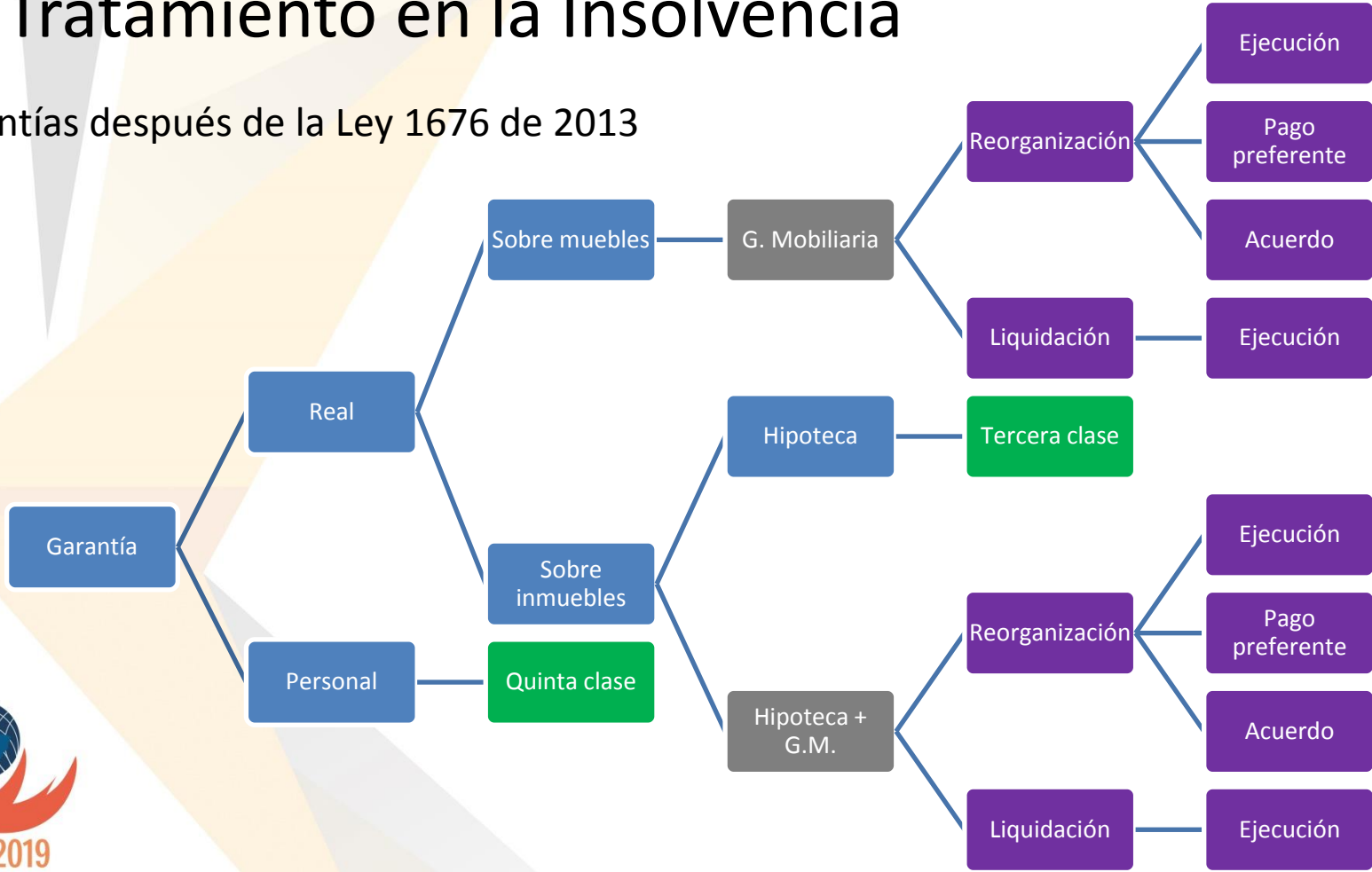


Créditos después de la Ley 1676 de 2013



# 2/4 Tratamiento en la Insolvencia

Garantías después de la Ley 1676 de 2013



# 3/4 Tratamiento en la Insolvencia

Corte Constitucional

- Sentencia C- 447 de 2015
- Sentencia C-145 de 2018



# 4/4 Tratamiento en la Insolvencia

1. Las garantías son personales cuando permiten la vinculación de un patrimonio adicional al del deudor, y reales cuando con ellas se afecta un activo individualizado del deudor o del garante, y se asigna un privilegio al acreedor.
2. Entre las garantías reales, se cuentan aquellas que implican retener la propiedad, transferir la propiedad o perseguir la propiedad. Los derechos reales de garantía son solo una especie de garantía real.
3. La fiducia en garantía es una garantía real, porque implica el ejercicio de un control indirecto sobre un activo individualizado, que queda en manos de un tercero profesional bajo un mandato preciso e irrevocable de afección al pago de una deuda.
4. Al ser una garantía real, a la fiducia en garantía se le aplican todas las reglas previstas en el Estatuto de Garantías Mobiliarias.
5. El juez concursal ha resuelto pacíficamente en este sentido.



¡Gracias!